This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

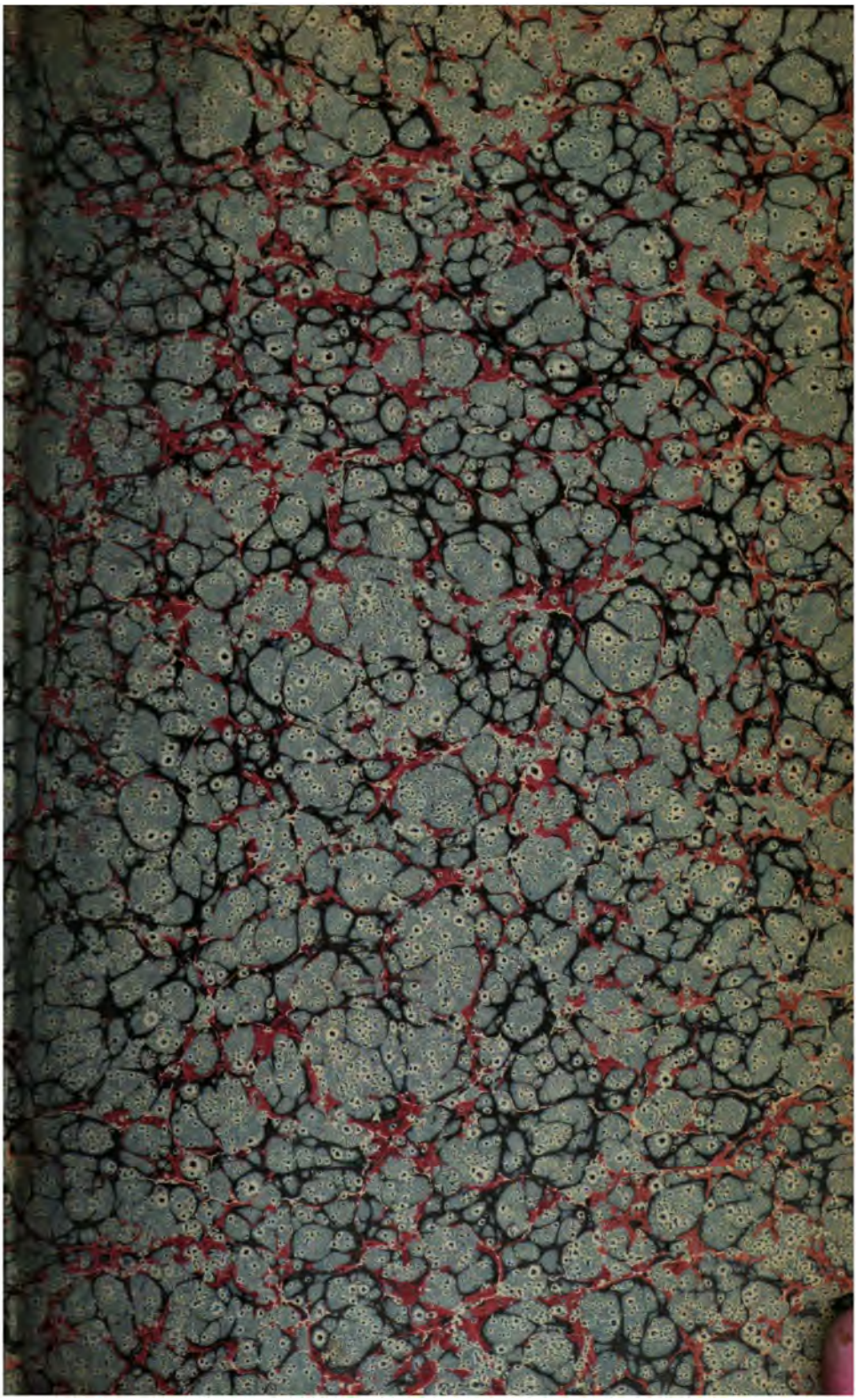
À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 261 459

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.



REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. Trunot et Cᵉ, rue Racine, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président de la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen, anc. bâtonn. de l'Ordre des avoc. à la Cour imp.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

FL. MERMERIL
Doyen au Conseil d'État, à la Cour de cassation et de Ministère de l'intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France. Docteur en droit

KONIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

POUR LA PARTIE ÉTRANGÈRE

M. BERGSON
Docteur en droit, Correspondant de l'Académie de législation de Toulouse, ancien Co-Directeur de la Revue de droit français et étranger.

TOME XX. — 12me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

6, rue Saint-Hyacinthe (au coin de la rue Soufflot).

1862

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

PREMIER ARTICLE.

Ire Question. La stipulation dans un contrat de mariage entre futurs époux n'ayant point d'enfants d'un précédent mariage, « que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur, » est-elle si peu un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, et tellement une simple convention de mariage et entre associés, qu'elle ne soit pas soumise au retranchement *pour la légitime des enfants nés du mariage*, et au droit proportionnel de *mutation* par décès?

IIe Question. En serait-il de même si, au lieu d'avoir stipulé la totalité des bénéfices de communauté, il n'avait été stipulé qu'une portion des acquêts ou l'usufruit total ou partiel d'iceux.

IIIe Question. En est-il de même quand la clause a été insérée au contrat de mariage sous le nom de donation?

IVe Question. En est-il de même quand la stipulation attribue à la fois à l'époux survivant les bénéfices de communauté et une portion des apports ou des propres du prédécédé?

Ve Question. Que doit-on décider en secondes noces, quand le contrat de mariage attribue au nouvel époux, à titre de convention, tout ou partie des bénéfices de la communauté ou de la société d'acquêts, soit en propriété, soit en usufruit, et qu'il existe des enfants de l'époux prédécédé?

VIe Question. Dans tous les cas où la stipulation d'attribution des bénéfices de communauté est considérée comme convention de mariage, l'époux qui en profite a-t-il droit aux donations qui lui sont faites par contrat de mariage ou autrement, dans la mesure des articles 1094 ou 1098?

Ire QUESTION.

SOMMAIRE.

1. *Quand la stipulation est faite dans les termes mêmes de l'article* 1525 *entre époux n'ayant pas d'enfants d'un premier lit, les enfants du mariage ne peuvent y réclamer la réserve, ni l'enregistrement le droit proportionnel de mutation.*
2. *Développements de la solution sous les deux rapports.*
3. *Arrêts en matière d'enregistrement.*
4. *Arrêts sur la réserve des enfants.*

1. Aucune des trois premières questions ne souffre de difficulté véritable. Prenons d'abord la première.

Quand un mariage est prêt à se former entre deux personnes qui n'ont point encore subi le lien conjugal, ou du moins qui n'ont point d'enfants d'un premier mariage, la stipulation réciproque ou par l'une d'elles seulement que la totalité de la communauté appartiendra « au survivant, c'est-à-dire au stipulant, « sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et « capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur, » produit une véritable convention de mariage et entre associés, laquelle n'est, par conséquent, pas soumise au retranchement pour la légitime des enfants à naître des deux époux.

Ainsi, sur ce point, je résous la question sans discussion aucune; je ne m'occupe même pas ici du mot *réputées*, du mot *simplement*, du soin qu'a eu le législateur de dire *convention de mariage* et *entre associés*, termes qui ont pourtant leur énergie propre et intentionnelle. Je ne promets pas la même sobriété quand j'arriverai à la cinquième question, en vue de laquelle je fais toutes ces observations préliminaires. Il faut établir d'abord les vérités incontestées, parce que c'est élargir la base sur laquelle s'assied le raisonnement pour la démonstration des questions controversées ou controversables.

2. En effet (en ce qui concerne la légitime des enfants), si le mariage conclu doit être l'union des âmes et la fusion indivisible d'une vie commune, de ses joies, de ses chagrins, de ses honneurs, on n'est pas encore époux quand se fait le contrat de mariage, et il est licite ALORS de combiner sagement l'intérêt de chacun des époux futurs, ses intentions envers sa famille, envers sa position sociale, envers

lui-même, eu égard aux événements qui, dans l'ordre de l'humanité, détruiront l'union projetée. Tout ce qui concerne les biens est donc contrat à titre onéreux, contrat irrévocable, convention sans laquelle le mariage n'aurait pas été fait; et même convention entre associés, puisque le mariage est la plus chère et la plus sacrée de toutes les sociétés humaines. Le contrat de mariage est le plus irrévocable des contrats; et par conséquent toute convention matrimoniale qui, sans constituer une libéralité par donation, ne tombe pas devant les prohibitions de droit public indiqués dans les articles 1387, 1388, 1389 et 1390 du Code Napoléon, est à la fois convention de mariage et convention entre associés, dès qu'il y a société et communauté dans les biens.

Cela ne fait pas de doute : et par conséquent tout ce qui est écrit depuis l'article 1400 jusqu'à l'article 1494 sur la *communauté légale* ne constitue aucun avantage contre lequel puissent s'élever les enfants du mariage; par conséquent encore, aucune des modifications apportées aux conséquences légales de la communauté par la *communauté conventionnelle*, depuis l'article 1497 jusques et y compris l'article 1526, ne constitue non plus un avantage que les enfants communs puissent critiquer. Tout y est convention de mariage ou convention entre associés, tels que les stipulations des parts inégales, le forfait de communauté, etc., etc..... Il y a donc eu une intention particulière dans la rédaction fastueuse de l'article 1525, où la stipulation que la totalité des bénéfices appartiendra au survivant est déclarée ne pas constituer un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés. — On reviendra sur cette rédaction à propos des *Questions IV et V*. L'examen en serait inutile ici.

En ce qui concerne l'enregistrement, les principes sont très-simples. Les conventions conditionnelles nous engagent dès le jour du contrat, et l'événement de la survie déterminera au profit du survivant quel a été le propriétaire dès le commencement de la communauté ou de la société d'acquêts.

3. Aussi est-ce une jurisprudence constante que la clause de l'article 1525 est une vraie convention matrimoniale et entre associés. Cela a été fréquemment décidé avec l'administration de l'enregistrement.

Arrêt de la Cour de cassation *du 6 mars* 1822 (affaire Tribard), qui repousse par rejet les prétentions de la régie contre les héritiers Tribard, parce que la stipulation du contrat de mariage, portant « *qu'en cas de prédécès de la femme sans enfants* « *le mari n'aurait à rendre aux héritiers de cette dernière que* « *ce qu'il avait reçu d'elle ou à cause d'elle,* » n'était qu'une modification de la stipulation de communauté posée au même contrat, modification formellement autorisée par l'article 1525 du Code civil; que l'effet d'une telle clause est que la femme prédécédée *n'a jamais eu un droit acquis* aux bénéfices de la communauté ; d'où il suit que par l'événement de son prédécès le mari seul *a recueilli*, à l'exclusion des héritiers de la femme, les acquêts de cette communauté, et qu'ainsi ce prédécès n'a pas opéré au profit du mari une mutation de propriété qui ait donné ouverture à un droit proportionnel d'enregistrement. — Mêmes principes dans un arrêt de cassation *du 8 mai* 1854 (aff. Roussel); dans un arrêt de rejet *du* 1er *août* 1855 (aff. Bourdon), et dans un arrêt de cassation *du 7 avril* 1856 (aff. veuve Lecoq), rendu dans l'espèce d'une veuve qui, en vertu d'une stipulation portée en son contrat de mariage, reprenait dans la communauté, à dire d'experts, un fonds de commerce et un droit dans une société, sur lesquels l'administration voulait percevoir les droits de vente mobilière. Mais la Cour, en se fondant sur l'article 1525, décida « que l'attribution de toute « la communauté à l'époux survivant ne cesse pas d'être une « convention matrimoniale et ne prend pas le caractère d'une « mutation à titre onéreux, passible d'un droit proportionnel « d'enregistrement, par cette seule circonstance qu'il aura été « stipulé que le survivant payera aux héritiers du prémourant « soit une somme fixe, soit une somme dont les bases d'éva- « luation sont déterminées d'avance par le contrat de mariage; « que le droit de propriété du survivant prend son origine et « son titre, non dans un contrat consensuel à intervenir avec « les héritiers du prémourant, mais dans la clause même du « contrat de mariage qui lui fait attribution de ce droit pour le « cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrirait en sa faveur. »

Ainsi le principe de la transmission de propriété par le consentement, et de la rétroactivité par l'accomplissement de la condition suspensive, nous démontre sûrement que les biens compris dans la stipulation de la totalité des bénéfices de

communauté à l'époux survivant appartenaient au survivant lui-même, dès avant le décès de l'autre époux.

4. Quant à la question de savoir si les enfants nés du mariage peuvent exercer leur légitime sur les biens compris dans la stipulation de l'art. 1525, elle doit se décider négativement par le même principe, que ces biens ne sont pas dans le domaine du prémourant. On sent combien rarement elle peut s'élever; néanmoins il y a deux arrêts de la Cour de cassation, rendus contre les enfants ou contre leurs ayants cause, l'un *du 20 janvier* 1830 (aff. Vanvinc). Le contrat de mariage, passé en 1787 sous la coutume de Saint-Omer (Artois), réservait comme propres à chaque époux tous les biens qui pourraient advenir à chacun d'eux pendant le mariage par succession, donation, legs ou autrement, et il était d'ailleurs « *convenu que le survivant « jouirait sa vie durant, sans caution, de la moitié qui appar- « tiendrait au premier mourant dans les conquêts immeubles « que les époux feraient avec les profits de leur communauté.* » La mère mourut en 1815; les enfants prétendirent que les conquêts immeubles étaient soumis à leur légitime. La Cour de Douai repoussa leur demande; et la Cour de cassation décida que l'arrêt avait pu, sans violer aucune loi, juger que cette stipulation n'était point une donation, mais une convention de communauté, et que par suite elle n'était pas sujette à la légitime due aux enfants sur la succession de l'époux prédécédé. — L'autre arrêt du moins ne présentait pas le hideux spectacle d'enfants se plaignant devant la justice de la longévité de leur père. La réclamation venait d'un créancier du fils. La clause entre les époux Castaing dans leur contrat de mariage du 14 juillet 1813 était ainsi conçue : « Société par moitié entre les futurs époux de tous les acquêts qui seraient faits pendant le mariage, de la totalité desquels ils se faisaient donation réciproque en faveur du survivant. » La Cour de Bordeaux jugea que, d'après l'intention commune des époux, il n'y avait pas donation, mais convention matrimoniale, et déclara le créancier mal fondé à faire entrer un domaine acquis pendant la société dans les biens soumis à la réserve de l'enfant commun, et le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt du 12 *juin* 1842.

IIe QUESTION.

SOMMAIRE.

5. *Ce que la loi dit de la totalité, elle le dit à plus forte raison des portions de la communauté ou de leur usufruit.*

6. *Utilité des attributions partielles de la communauté et des attributions partielles en usufruit. — Renvoi pour quelques difficultés.*

5. La deuxième question ne m'en semble pas une. Ce n'est que pour ordre qu'elle a été comprise dans le cadre que je me suis tracé. Quand la loi permet de stipuler *comme convention de mariage* l'attribution à l'un des époux de la totalité des bénéfices de communauté, et met ainsi tous les bénéfices résultant de la collaboration commune en dehors des biens réservés aux enfants, à plus forte raison permet-elle aux parties contractantes de n'en attribuer qu'une fraction au survivant. Ainsi, au lieu de stipuler la totalité des bénéfices de communauté, on peut, au profit du survivant, en outre de la part qui lui est due, ne lui en attribuer qu'une fraction, qu'une quote-part dans la seconde moitié; on peut aussi ne lui attribuer que l'usufruit de cette part ou d'une partie d'icelle.

6. Aussi mon dessein, en plaçant cette question dans mon cadre, n'a pas eu le droit en vue ; il a été de m'arrêter un instant à l'utilité dans l'économie de la famille, des attributions partielles des bénéfices de communauté, ou de leur restriction au simple usufruit.

La clause d'attribution des bénéfices de communauté au survivant est une des clauses les plus sages dans les contrats de mariage. Elle est pour les deux époux un des plus puissants véhicules à la bonne administration des biens. Chacun sent qu'en se livrant avec ardeur à ses devoirs et à ses travaux, la mort de son conjoint ne lui enlèvera pas le fruit de ses labeurs, et si le mari meurt le premier, tout en appartiendra à sa compagne; que, s'ils ont des enfants, ceux-ci, n'ayant de biens que les propres du prédécédé, demeureront plus facilement dans le devoir de respect et de soumission envers le survivant, dont ils attendront leur sort; que la clause sera donc favorable au bon ordre de la famille et au soutien de l'autorité paternelle, dont

nos mœurs communes font aujourd'hui si bon marché. Si les époux n'ont pas eu d'enfants, ou qu'ils aient eu le malheur de les perdre, leur réciproque affection et leur intérêt individuel les arrêteront dans le penchant que nous avons tous dans ce siècle à la vie de luxe, de jouissances extérieures et d'ostentation, persuadés qu'ils seront chacun que ses travaux et ses économies n'iront point à des collatéraux et serviront aux besoins et à la consolation de l'autre époux. Les familles mêmes des époux se ressentiront du bienfait de cette clause, car les biens propres seront d'autant plus respectés que la communauté aura été plus fructueuse.

C'était la raison que donnait Henrys, *liv. IV*, *ch.* 6, *question* 58, pourquoi, en pays de droit écrit, la prohibition de l'édit des secondes noces ne tombait pas sur la société d'acquêts. Rien n'est certain au temps du mariage sur les bénéfices futurs. Ce n'est qu'une convention que les époux font pour s'obliger réciproquement à mieux établir leur fortune et à rapporter dans leur famille plus de soin et d'industrie, plus d'économie et plus d'épargne. Ils n'ont que ce but et ce dessein, et ils ne songent *pas tant à s'avantager* l'un l'autre, qu'à procurer *leur avancement* commun.

Cependant, comme dans toutes les clauses permises, il est souvent bon aussi d'apporter des modifications à celle-ci, et si les époux jugent qu'il est convenable, d'après les circonstances du temps du mariage et les auspices sous lesquels il se forme, que partie des bénéfices faits par l'un d'eux demeurent à la famille ou aux enfants, chacun d'eux a la faculté de n'attribuer à l'autre qu'une partie de sa part, ou l'usufruit seulement de sa part ou d'une partie d'icelle.

La clause d'attribution de l'usufruit de la part du prédécédé au survivant des époux a cela d'utile que, s'il y a des enfants, elle en met la nu-propriété à l'abri des effets d'un second mariage qui rendrait cette part commune aux enfants du second lit.

C'est surtout dans les seconds mariages qu'il est sage que l'époux ayant enfants d'un premier lit réduise à l'usufruit l'attribution de sa part de communauté au profit de son nouvel époux, afin d'en réserver le fonds à ses enfants.

Quoique je pense qu'il n'y a pas de vraies difficultés dans la doctrine, je dois pourtant prévenir ici qu'on élève des subtilités sur ces dispositions de portion de la communauté d'acquêts

et sur celles en usufruit, pour les convertir en donations; mais j'en renvoie l'examen aux *IV*e *et V*e *Questions.*

IIIe QUESTION.

SOMMAIRE.

7. *Les termes donatifs ne changent pas le caractère conventionnel de la stipulation. Arrêt de cassation qui le juge ainsi en matière de réserve légale quand on a employé en même temps les termes conventionnels.*

8. *De même en matière d'enregistrement. Arrêt notable.*

9. *Autre arrêt dans le même sens.*

10. *Arrêt qui n'a pas même cru devoir s'arrêter aux termes donatifs, sans examiner ce chef de pourvoi.*

11. *Arrêt récent qui soumet au droit de mutation la* donation *par contrat de mariage de l'usufruit au survivant de tous les biens meubles et immeubles de la communauté.*

12. *Réflexions. Limitation provisoire de la proposition à celle-ci, comme l'avait posée la régie en* 1824 : convention *ou* donation entre-vifs *par contrat de mariage,* de la totalité des bénéfices de la communauté, *n'est que convention entre associés.*

13. *Raisons tirées des articles* 1107, 1156 *et* 1158 *du Code Napoléon.*

14. *Raisons tirées de l'article* 1525.

15. *Confirmation.*

16. *Objection tirée de la faculté de faire des* donations de biens à venir *par contrat de mariage.*

17. *Réfutation.*

18. *Exception pendant le mariage.*

19. *Que la faveur du mariage doit bannir les subtilités d'interprétation.*

20. *La réduction conventionnelle à la mesure de la réserve légale dans la convention autorisée par l'article* 1525 *n'est qu'une stipulation au profit d'un tiers.*

21. *Sur un arrêt qui, selon l'auteur, a trop tenu compte de la réduction par les enfants survenus.*

7. La troisième question que je me suis proposé d'examiner est de savoir si les enfants communs peuvent prétendre au retranchement pour leur légitime sur la stipulation des bénéfices de communauté au profit du survivant, et si l'administration de l'enregistrement peut exiger le droit de donation quand le contrat de mariage s'est servi de termes propres à une libéralité, au lieu d'employer des termes purement conventionnels.

La jurisprudence de la Cour de cassation admet que les termes donatifs ne doivent pas être considérés quand on emploie en même temps les termes conventionnels. Elle l'a ainsi jugé dans

l'affaire Peyrusson contre Ve Castaing (*arrêt du 12 juin 1842*, déjà cité n° 4), où il s'agissait de réduction pour la légitime; et la Cour de Bordeaux avait dit sur le même contrat de mariage : « *Pour apprécier le véritable sens de l'article 7 du con-* « *trat de mariage, il ne faut pas prendre à la lettre le mot* « DONATION *qui s'y trouve inséré, mais considérer l'esprit et* « *l'ensemble de la clause; et, en paraissant se faire une donation,* « *les époux ont voulu convenir et sont convenus en effet que la* « *totalité des acquêts de leur communauté appartiendrait au* « *survivant d'entre eux.* »

8. Elle a jugé de même en matière d'enregistrement dans le remarquable arrêt de cassation du 8 *mai* 1854 (aff. Roussel), sur un contrat de mariage dont l'article 11 portait : « Les futurs « époux se sont fait, A TITRE DE CONVENTION DE MARIAGE, donation « entre-vifs mutuelle et irrévocable, au profit du survivant, de « tous les biens qui, au jour du décès du prémourant, compo- « seront la portion de celui-ci *dans les bénéfices de la commu-* « *nauté, à quelque somme que puisse s'élever la valeur desdits* « *biens;* pour, par ledit survivant, au moyen de la présente do- « nation, disposer en toute propriété *de tous les bénéfices de la* « *communauté*, tant de son chef que comme donataire, et qu'*en* « *conséquence* LE SURVIVANT N'AURA AUCUN COMPTE A RENDRE AUX « HÉRITIERS DU PRÉDÉCÉDÉ POUR RAISON DE CES MÊMES BÉNÉFICES. »

Les motifs de cet arrêt forment une démonstration trop complète pour n'en pas enrichir cet examen :

« Attendu que, par cette clause, les contractants déclarent « expressément disposer *à titre de convention de mariage* for- « mulant ainsi leur stipulation dans les termes mêmes de l'ar- « ticle 1525, et manifestant, en conséquence, l'intention de « modifier leur communauté en conformité de cette disposi- « tion; — Attendu que la volonté exprimée par les contractants « et le caractère légal de leur stipulation ne sauraient être con- « testés par l'administration de l'enregistrement, qu'autant que « la clause ainsi qualifiée renfermerait des conditions ou des « éléments contraires à la nature de *la convention de mariage* « *et entre associés*, caractérisant une véritable libéralité; — « Attendu que si la qualification expressément donnée à cette « stipulation est accompagnée de diverses énonciations où « l'idée et le mot de *donation* ou de *donataire* se reproduisent « plusieurs fois sous des formules différentes, ces dénominations

« accessoires et secondaires n'impliquent pas un sens contraire « à la dénomination principale, la seule qui, répondant exacte- « ment à l'intention exprimée par les contractants, convienne « d'ailleurs à leur pacte de société conjugale et à l'avantage « aléatoire qui en est l'objet; — Attendu, en effet, que ce pacte, « fidèle à la définition qu'il a reçue du contrat, se renferme « dans les limites tracées par l'article 1525; qu'il restreint aux « acquêts ou bénéfices de la communauté, et subordonne à la « condition de survie l'attribution du produit total de la colla- « boration commune; qu'il réserve dès lors aux héritiers de « l'époux prédécédé la reprise des apports et capitaux tombés « dans la communauté du chef de leur auteur; qu'il interdit à « ces mêmes héritiers de demander compte au survivant des « bénéfices de communauté, lesquels lui doivent appartenir en « totalité, quelle qu'en soit l'importance; disposition absolue « qui, ne distinguant pas entre les diverses classes d'héritiers, « n'est soumise à aucune action en réduction, *même dans la* « *mesure de la réserve légale*; que ces conditions sont, dans leur « ensemble, exclusives de l'idée juridique de *donation*, et es- « sentiellement caractéristiques du pacte de société conjugale « autorisé par l'article 1525 précité. »

9. Autre arrêt de la Cour de cassation, du 1er *août* 1855 (aff. Bourdon), dans une espèce où le contrat de mariage disait : « En cas de mort de l'un ou de l'autre des futurs époux, sans « enfants, le survivant sera propriétaire de sa moitié dans les « biens de la communauté, et *viager de l'autre moitié*, également « *viager* des biens propres à l'autre époux. — Si au décès de « l'un ou de l'autre desdits futurs époux leur père et mère sur- « vivaient, le survivant aurait en usufruit la portion que la loi « réserve aux père et mère. — Au cas où l'un des époux dé- « laisserait enfants vivants, le survivant sera maître et proprié- « taire de ses biens patrimoniaux, donations et successions « échus durant le mariage, de la moitié des biens de la commu- « nauté, et, dans l'autre moitié, il en aura un quart en propriété « et l'autre quart en usufruit..... Pour l'entière exécution des « présentes, les contractants *se font réciproquement donation* « des avantages ci-dessus. »

Décès du mari avec enfants : donc, tout se réduisait à dire que la femme survivante *aurait*, outre sa part, le quart au total en propriété et le quart en usufruit dans la communauté. L'ad-

ministration de l'enregistrement vit là une donation ; le tribunal civil de Lille n'y vit que la convention matrimonale permise par la combinaison des articles 1497, 1520 et 1525. Et le pourvoi dirigé contre son jugement fut rejeté, entre autres motifs, parce que la stipulation était *formulée* dans les termes d'une convention qui régit la communauté, et que même si l'on rapportait à cette convention le mot *donation* se trouvant à la fin du contrat, il n'y faudrait point attacher d'importance, parce que, le sens légal de la convention étant déterminé, son caractère ne saurait être modifié *par des formules secondaires* qui n'impliquent pas un sens contraire à la pensée principale qui la domine et qui convient à sa nature.

10. Dans l'espèce d'un autre arrêt de la Cour de cassation, *du 24 décembre* 1850 (aff. veuve de Saint-Pol), la Cour semblait avoir virtuellement abandonné le système de rechercher si les termes étaient donatifs ou simplement attributifs. L'article 13 du contrat de mariage entre M. de Saint-Pol et Mlle de Than contenait la stipulation suivante : « Le survivant des futurs jouira, « pendant sa vie, de tous les biens qui proviendront de ladite « communauté, le tout à partir du décès du prémourant, et « sans être tenu de donner caution, mais à la charge de faire « faire bon et fidèle inventaire. A cet effet, lesdits futurs (ladite « demoiselle de Than spécialement autorisée par M. son père) « se font respectivement toute donation irrévocable pour et au « profit du survivant d'eux. »

A défaut de déclaration aux bureaux de la situation des immeubles conquêts de la communauté, l'administraiion de l'enregistrement poursuivit la veuve en payement du droit simple et demi-droit en sus, à raison de la mutation non déclarée de l'usufruit de ces immeubles : la veuve se réfugia derrière l'article 1525. Le tribunal civil de Caen ordonna l'exécution de la contrainte en se fondant sur ce que les articles 2 à 10 du contrat de mariage réglaient la communauté, les articles 11 et 12, les avantages; que l'article 13 était la suite de ceux-ci, et que de l'esprit non moins que des termes du contrat de mariage, il résultait que les époux de Saint-Pol avaient voulu se faire une *donation*, pour le cas de survie, de l'usufruit de la communauté. — Ces motifs furent combattus à la Cour de cassation par Me Carette, qui, suivant la jurisprudence de la Cour, fit remarquer que la *disposition principale* dans ses

termes ne constituait qu'une simple stipulation, et que les mots *à cet effet* n'exprimaient qu'une idée *secondaire* pour confirmer l'exécution de la disposition principale.

La Cour rejeta le pourvoi, non sur les motifs donnés par le jugement, mais en se fondant uniquement sur ce que « la stipu-« lation entre époux et par contrat de mariage, qualifiée de « *convention de mariage et entre associés* par l'article 1525 du « Code civil, n'existe qu'autant que les héritiers de l'époux « prémourant peuvent exercer la reprise des apports et capi-« taux tombés dans la communauté du chef de leur auteur, et « que la convention par laquelle les époux déclarent que le « survivant aura l'usufruit de tous les biens qui proviendront de « la communauté ne donne aucun droit de reprise aux héritiers « de l'époux prédécédé, ce qui établit clairement qu'une sem-« blable stipulation constitue une véritable donation, et non la « convention prévue par l'article 1525 du Code civil. »

Ainsi la Cour a implicitement improuvé les motifs du jugement du tribunal de Caen, en ce qu'ils faisaient prévaloir les termes de libéralité employés secondairement sur les expressions purement conventionnelles de la disposition principale; mais on reviendra sur cet arrêt dans les *Questions IV et V*, en ce qu'il émet incidemment la doctrine qu'il en serait autrement si les héritiers ne pouvaient reprendre les apports et capitaux tombés dans la communauté.

11. Cet esprit général de la jurisprudence, que « les expres-« sions purement conventionnelles employées dans les dispo-« sitions du contrat ne subissent pas l'influence des expressions « donatives, soit accessoires, soit explicatives, qui se trouvent « plus loin sur le même sujet, » paraît s'être considérablement affaibli d'après les motifs d'un autre arrêt de cassation du 21 *mars* 1860 (aff. Desbordes-Cazin). L'article 8 du contrat de mariage portait : « Les futurs, voulant se donner des preuves « de l'attachement qu'ils ont l'un pour l'autre, se font par ces « présentes donation l'un à l'autre et au survivant d'eux, ce « qui est accepté par chacun d'eux, de l'usufruit de tous les « biens meubles et immeubles qui dépendront de la commu-« nauté de biens qui aura existé entre eux, et ils se dispen-« sent réciproquement de donner caution pour la jouissance « de cet usufruit. »

L'administration de l'enregistrement soutenait que *les termes*

de l'acte en faisaient une donation formelle, et non une convention entre époux, et qu'il suffisait d'ailleurs que l'étendue des termes contînt l'usufruit des apports et des capitaux tombés dans la communauté, pour que l'acte fût considéré comme donation entraînant le droit de mutation après décès.

Le tribunal d'Épernay repoussa les prétentions de l'enregistrement; mais sur le pourvoi en cassation, non-seulement la Cour renouvela la doctrine de l'arrêt de 1850, que la disposition de l'article 1525 n'existait comme convention matrimoniale qu'autant que les héritiers de l'époux prémourant peuvent exercer les reprises des apports et capitaux tombés dans la communauté (doctrine que j'examinerai sur la *Question IV*), mais encore elle s'attacha à démontrer que les termes *donatifs* dans lesquels la disposition était *formulée* lui enlevait aussi le caractère de simple convention [1].

[1] Voici le texte de l'arrêt :

La Cour; Vu les articles 1091, 1094, Code Nap., et 4 de la loi du 22 frimaire an VII; — Attendu que, aux termes de l'article 1474, Code Nap., les biens composant la communauté se partagent, après dissolution, par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent; — Attendu que, si les articles 1520 et 1525 du même Code permettent aux époux de déroger, par leurs conventions matrimoniales, à cette règle d'égalité, en attribuant à l'un d'eux une plus grande part et même la totalité de la communauté, cette dérogation doit être expressément stipulée, sans pouvoir affecter les apports et capitaux tombés du chef de l'autre époux; que la stipulation ainsi caractérisée et limitée constitue alors une simple convention de mariage et entre associés, laquelle étant, à ce titre, affranchie des règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, ne peut donner ouverture au droit proportionnel de mutation; — Mais qu'elle ne saurait avoir ce caractère qu'à la condition d'être, dans son expression même et dans l'intention des contractants, exclusive de l'idée de pure libéralité; que s'il résulte, au contraire, des termes de la convention, que ceux-ci ont entendu stipuler en faveur de l'un, non une dérogation à la règle d'égalité dans le partage des acquêts ou bénéfices de la communauté, mais une disposition à titre gratuit qui devra transférer du disposant au gratifié tout ou partie des droits du premier dans la communauté, la stipulation conserve alors les caractères de libéralité, et reste au fond, comme en la forme, sujette aux règles des donations; — Attendu que, par leur contrat de mariage et selon le texte même de l'article 8 de cet acte, les époux Desbordes *voulant se donner des preuves de leur mutuel attachement, se sont fait donation et au survivant d'eux, ce qui a été accepté par chacun, de l'usufruit de tous les biens de la communauté qui existera entre eux, avec dispense de caution;* — Attendu qu'une libéralité ainsi formulée caractérise une libéralité au profit du survivant; qu'elle transfère au gratifié l'usufruit de la part qui, suivant l'article 1474 précité, appartiendra dans la communauté aux héritiers du prédécédé;

12. Je ne pense pourtant pas que l'intention de la Cour ait été de nous faire retomber dans le système des formules et de l'interprétation judaïque des termes (interprétation sur laquelle l'administration de l'enregistrement est si portée à s'abuser); l'obscurité des motifs sur les termes vient de ce que le mot, placé comme il était au contrat, frappait tous les biens de la communanté, même ceux que les héritiers ont droit de reprendre aux termes de l'article 1525. — Certainement les mots « voulant se donner des preuves de leur mutuel attachement, » — ou « pour preuve de leur estime et amitié réciproque, — l'emploi unique du mot « *donner*, » les mots « *à titre de gain de survie* ou tel autre terme plus fort, ne pourront jamais convertir une vraie convention matrimoniale en un contrat de donation.

Je bornerai en ce moment ma proposition à celle-ci : Quelles que soient les expressions donatives, la stipulation que *les bénéfices de communauté appartiendront au survivant* n'est qu'une modification permise et conventionnelle du pacte social. On ne doit jamais la regarder comme donation soumise au droit proportionnel de mutation. — Les autres difficultés viendront plus tard.

enfin que, contrairement au vœu de l'article 1525, elle embrasse tous les biens qui dépendront de la communauté, sans distinction entre les acquêts, qui peuvent seuls faire l'objet de la dérogation autorisée par cet article, et les apports ou capitaux, qui, tombés dans la communauté du chef de l'autre époux, doivent rester en dehors d'une pareille convention ; qu'ainsi cette clause du contrat de mariage rentre, sous tous ces rapports, dans la classe des donations entre époux prévues et régies par les articles 1091 et 1094 du Code Napoléon ; qu'elle ne saurait être scindée de façon à être considérée, tantôt comme convention de mariage et entre associés dans l'attribution au survivant de l'usufruit des acquêts, tantôt comme donation dans l'attribution au même de l'usufruit des apports ou capitaux tombés dans la communauté du chef du prédécédé ; que l'unité du motif et de la formule de la stipulation s'oppose à ce qu'elle soit décomposée de la sorte en deux éléments distincts ayant chacun son caractère propre, ses règles particulières ; — d'où il suit qu'en jugeant le contraire, et en décidant que l'avantage stipulé par la clause précitée en faveur de l'époux survivant doit être réputé une simple convention de mariage et entre associés, et affranchi, à ce titre, du droit proportionnel de mutation par décès, si ce n'est, en ce qui concerne l'usufruit du capital de 2,000 francs tombés dans la communauté du chef de l'autre époux, le jugement dénoncé a faussement appliqué l'article 1525 du Code Napoléon et formellement violé les dispositions ci-dessus visées ; — Casse, etc.

L'administration de l'enregistrement elle-même a reconnu, par une délibération du 14 juillet 1824, qu'un contrat de mariage portant : « Les futurs époux se font *donation entre-vifs*, « irrévocable, et au survivant d'eux ce acceptant respective- « ment, de la totalité des bénéfices de la communauté, » ne contenait qu'une convention entre associés.

Elle a bien changé d'opinion depuis. Je crois que c'est alors qu'elle avait raison.

13. En effet, les donations sont au nombre des contrats, et par conséquent, d'après l'article 1107 du Code Napoléon, soumises aux règles générales du titre *Des Obligations conventionnelles* (sauf les dérogations résultant du titre spécial aux donations). Elles sont donc soumises aux règles de l'interprétation des conventions; à l'article 1156, à l'article 1158; et quand on trouve, dans un contrat de mariage qui se sert du mot *donation* pour qualifier de simples gains de survie permis sous la forme de convention et sans lesquels peut-être le mariage n'eût pas été contracté quand on y trouve de vrais contrats aléatoires permis en cette matière et plus favorables au mariage que la donation proprement dite, il faut juridiquement rejeter le mot *donation*, parce que l'article 1156 impose à l'interprète des contrats le devoir de s'arrêter plutôt à l'intention commune des parties qu'au sens littéral des termes; or, comme les conventions qui font gagner à un époux tout ou partie de la communauté conviennent encore plus à la matière *du Contrat de mariage* que les donations proprement dites, on doit appliquer aussi à l'interprétation la règle de l'article 1158.

14. Outre cette raison, il y en a une bien plus puissante : c'est le texte de l'article 1525 : « *Il est permis aux époux de stipuler.....* » Or, dans la donation comme dans tout contrat synallagmatique, il y a promesse d'une partie et stipulation de l'autre. Quoi qu'on en puisse dire, les conventions matrimoniales, même les avantages matrimoniaux, comme les inégalités de parts, et même, le dirai-je? les donations proprement dites entre époux par contrat de mariage, c'est-à-dire celles sur lesquelles la loi ordonnait le retranchement de la réserve au profit des enfants du mariage, font, dans la vérité, partie d'un contrat à titre onéreux, le *mariage*, par lequel chaque époux aliène sa liberté pour acquérir une existence nouvelle, pour devenir chef de famille, pour s'imposer des devoirs nou-

veaux, utiles et nécessaires à la société politique dont elles sont le soutien. Le *contrat préliminaire* par lequel on règle les conditions de ce mariage quant aux biens et à leurs éventualités est certes encore en lui-même un contrat *à titre onéreux*. Tout le monde sait que même ce qu'on y appelle donation a été plus souvent demandé et stipulé qu'offert. Ainsi, même en contrat de mariage, si l'on veut porter ses regards jusqu'au fond des choses, nulle donation n'est purement gratuite, et toute donation y est stipulée par le donataire, comme toute donation y est offerte et promise par le donateur.

Donc, quand un futur époux offre au mariage que les bénéfices de communauté appartiennent au survivant, et que l'autre les stipule à son profit, qu'importe-t-il alors que le rédacteur de la convention se serve, même dans la phrase directe, du mot *convention*, ou qu'il ait employé le mot *donation*, soit pour flatter l'amour propre des parties par des termes qui sentent plus l'affection que le marché; soit par ignorance, par inadvertance, ou parce que, dans sa pensée erronée, on est libéral quand on concède plus que le partage égal? La différence d'expression ne doit produire aucune différence sur la perception, puisque la STIPULATION est un terme *générique* qui comprend la demande d'une partie, soit dans les contrats à titre gratuit, soit dans les contrats à titre onéreux, et que la loi ne distingue pas si les bénéfices de communauté sont *stipulés* sous le titre de *convention* ou sous le titre de *donation* : dans l'un et l'autre cas, c'est *toujours* LA STIPULATION PRÉVUE par l'article 1525. Il est certain qu'aucun époux ne dispose par là d'aucun bien qui lui soit propre, d'aucun bien qui doive lui advenir par des causes extérieures à la société que tous deux veulent établir entre eux; il est certain qu'il n'y a rien là d'offert ni de stipulé que l'expectative pour le survivant de la totalité des fruits de la collaboration commune. Donc, quelque titre qu'on donne à la clause, donation ou convention, elle est toujours identique, elle a toujours les mêmes résultats.

Dans un cas comme dans l'autre, il n'y a pas de mutation; dans un cas comme dans l'autre, ce n'est pas à titre *transmissif* que l'époux survivant reçoit la totalité des bénéfices : il les reçoit toujours comme chose à lui appartenant exclusivement dans le partage futur. Il est réputé en avoir toujours eu la propriété par la force du contrat même, et dès l'instant de la

célébration du mariage, qui a communiqué toute sa force au contrat.

15. En effet, pendant le mariage, tous les bénéfices ont été acquis pour le survivant, en vertu du principe dominant de l'article 711 écrit à la tête du livre III du Code civil : « La pro« priété des biens s'acquiert par l'effet des obligations ; » — en vertu encore du troisième alinéa de l'article 1181, qui, d'après l'article 1107, est sous-entendu dans tout le titre du *Contrat de mariage*, et qui porte : « L'obligation [contractée sous une con« dition suspensive] a son effet du jour où elle a été contractée. » — Ainsi, jamais dans ce pacte, qu'il ait été fait sous le titre de *convention*, de *donation* éventuelle, sous celui d'*exclusion* pour le prémourant des bénéfices de communauté, ou de *renonciation* par le prémourant auxdits bénéfices pour lui et les siens, jamais les bénéfices n'auront appartenu au prémourant de qui ils auront été stipulés au profit du survivant; ces bénéfices auront, dès le principe, appartenu au survivant; le nom du propriétaire en aura été en suspens pendant toute la durée de la communauté; et cela, sans danger pour le public, puisque la communauté a un maître ou chef dans le mari qui dispose des bénéfices et des acquêts, et qui administre les biens de la communauté comme s'il en était propriétaire.

Si le nom du propriétaire de la communauté est toujours demeuré en suspens depuis le contrat de mariage, et qu'il ne soit connu et déterminé que par l'événement du prédécès de l'autre conjoint, il ne peut pas y avoir eu mutation d'un propriétaire à l'autre.

16. Qu'on ne m'oppose pas que le droit français permet les donations de biens à venir par contrat de mariage.

J'accorde que la donation de biens à venir entre futurs époux par leur contrat de mariage, sous la condition de survie du donataire, est une vraie donation, quoiqu'elle laisse au donateur la faculté, selon sa capacité civile, de jouir et des biens présents et des biens à venir, et même de les épuiser par des dispositions à titre onéreux : mais aussi il les a tous acquis par un mode civil d'acquisition, ou *avant le mariage*, et alors il en est propriétaire en vertu des modes d'acquisition qui l'avaient investi ; ou *depuis le mariage*, par succession, donation entre-vifs, legs ou autrement : or, dans les deux cas, la propriété des biens acquis a reposé sur sa tête par l'effet de la saisine légale

pour les biens acquis par successions; par l'effet de la saisine de droit pour ceux acquis par donations ou par la transmission de propriété que produisent les legs et les conventions. Ces biens qui arrivent à l'époux donataire par le prédécès de son conjoint ont donc été réellement la propriété de celui-ci; et c'est parce qu'ils étaient devenus sa propriété, et qu'il a pu donner ce dont il était devenu propriétaire dans le temps intermédiaire de la donation à l'événement, qu'il a pu les donner éventuellement. Il y a donc véritablement, dans la donation des biens à venir par contrat de mariage, mutation de propriétaire, dont l'enregistrement est forcé de reculer le recouvrement jusqu'à l'événement qui détermine s'il y a mutation.

17. Mais je réponds que lors même qu'on se servirait des mots « *donation de la totalité de la communauté au survivant,* » ou de ceux-ci : « donation *de la totalité des bénéfices* de la communauté, » dans un contrat de mariage, ce ne serait pas là une donation de biens à venir dont le donateur, le cas échéant, aurait été propriétaire à une époque quelconque.

Non; car, dans le premier cas, ce n'est pas même une donation de biens à venir; c'est l'attribution exclusive au survivant d'un droit incorporel que le mariage va créer *re ipsâ;* c'est le don d'une universalité de biens qui va se former, mais qui n'existe pas avant le mariage, et à laquelle le prétendu donateur renonce au profit du prétendu donataire éventuel, à l'instant même de la création de cette universalité. Le prétendu donateur ne l'a acquise de personne; il est contraire à la nature des choses qu'il la transmette. Au fond, si son prédécès arrive, il s'est donc personnellement exclus des biens à acquérir, à la charge par le survivant de rembourser apports et capitaux et d'en acquitter toutes les dettes. S'il s'en est exclus, il n'en a jamais été propriétaire; les biens actifs ou nets composant la communauté ne lui ont jamais appartenu; donc, il n'y a pas eu, à son décès, mutation d'un propriétaire à l'autre.

Dans le second cas, « *donation de la totalité des bénéfices,* » il en est de même. On n'a l'air de donner ici que le résultat net de la communauté; mais dans la vérité, on n'en donne pas moins l'universalité dont les bénéfices se dégageront par la liquidation. Toute autre interprétation serait une subtilité indigne du droit français. Mais même avec cette interprétation, on ne saurait faire rentrer l'espèce dans les donations de biens

à venir permises aux époux! Non, car les revenus et les travaux des époux tombant de droit dans la communauté ont appartenu, non à chaque époux, mais à la communauté, par la force de la loi qui les y place : donc, si la communauté a acquis des biens constituant ses bénéfices, ils ne sont jamais entrés dans le domaine du prémourant; sa mort a fixé la propriété des acquêts sur la tête du survivant. Donc, ce n'est pas par mutation, mais par l'effet rétroactif de l'article 1381, que la totalité appartient au survivant. Donc aucun droit proportionnel de mutation n'est dû par le survivant.

Tout cela revient à dire que le mot *donation* n'est qu'un mot illusoire et vide de sens dans les stipulations de la totalité de la communauté au profit du survivant des époux, dans les contrats de mariage.

18. J'ai dit dans les contrats de mariage, car il en serait autrement de la donation entre époux *pendant le mariage*, si le contrat de mariage avait stipulé expressément ou virtuellement l'égalité de part, et que l'un des époux fît, pour le cas de son prédécès, donation à l'autre de sa portion personnelle dans la communauté; il y aurait vraie donation, puisqu'il transférerait gratuitement à l'autre, pendant le mariage, un droit incorporel acquis par contrat de mariage.

19. Je n'ai fait l'observation précédente que pour ne pas laisser derrière moi l'objection; mais je dois aussi faire ici une observation plus générale. Les mariages sont si utiles à l'État et au bon ordre de la société civile que les lois fiscales elles-mêmes sont plus douces pour les époux que pour les collatéraux. C'est une raison de plus pour ne pas interpréter les lois de manière à charger les époux survivants des droits fiscaux qui ne résultent pas expressément de la lettre de la loi, et qu'on n'en déduit que par des subtilités. Puisque l'article 1525 place, par son texte, la stipulation des bénéfices de communauté au nombre des conventions de mariage et entre associés, et les met par conséquent au nombre des actes qui règlent d'avance le mode de partage et ne doivent pas de droit proportionnel de mutation après décès, il en faut conclure que, non-seulement le nom que le rédacteur donne à l'acte est insignifiant, mais encore, qu'il ne faut pas amoindrir le bienfait de la loi par des argumentations subtiles sur les circonstances.

20. Si j'ai bien lu les arrêts de la Cour de cassation, il me

semble qu'en majorité, ils tendent à ce principe général que toute subtilité doit être bannie de l'interprétation de ces sortes de clauses, et que la Cour a fort peu tenu compte de l'argument tiré de ce que les futurs époux auraient voulu faire une donation ou confirmer le titre de donation écrit dans la clause, par le consentement à la réduction des bénéfices de communauté en cas de survenance d'enfants, dans la mesure de la réserve légale. Elle n'en a certainement pas tenu compte, en décidant par arrêt de rejet *du* 28 *novembre* 1834 (affaire Wetsels ou Wizels) qu'en contrat de mariage, la stipulation de la totalité de la communauté n'était qu'une convention entre associés, et n'opérait pas mutation, malgré les mots *donation mutuelle*, et malgré la clause *qu'en cas d'existence d'enfants* le survivant n'aurait que moitié de l'usufruit de la masse entière de la communauté. — Par l'arrêt de cassation déjà cité du 8 *mars* 1854 (aff. Roussel), en exprimant dans les motifs que « la disposition absolue de « l'article 1525 ne distinguant pas entre les diverses classes « d'héritiers (ayant le droit de retirer les apports et les reprises) « n'est soumise à aucune action en réduction, *même dans la « mesure de la réserve légale;* — et, dans l'arrêt du 1er *août* 1855 (aff. Bourdon), qu'il n'y avait pas lieu au droit de mutation, quand le survivant avec enfant tenait de ses conventions matrimoniales la propriété de moitié des biens de la communauté, et, dans la seconde moitié, un quart en propriété et un quart en usufruit, et que cette réduction conventionnelle n'altérait pas l'effet de l'article 1525.

Pourquoi, en effet, l'altérerait-elle? Une stipulation faite pour un cas donné, celui de survie de la partie prenante, est susceptible, comme tout autre, d'être, pour un cas particulier, frappée d'une modification spéciale au profit d'un tiers, suivant l'article 1121; et comme nous avons dit dans notre *question Ire*, que la stipulation de l'article 1526 n'était pas soumise au retranchement pour la légitime, les époux peuvent d'eux-mêmes et par leur propre volonté limiter leur convention dans l'intérêt de leurs enfants, quelquefois même dans l'intérêt de leurs ascendants, sans que la convention change de nature. Supposons donc que les époux n'aient aucun bien propre, et qu'après la convention faite en vertu de l'article 1525, la communauté fût devenue très-fructueuse, les réservataires devront leurs

parts, non aux lois sur les réserves, mais à la modération des stipulants pour le cas prévu.

21. Nous avons dit aussi sur notre *Question IIe* que les époux pouvaient aussi ne stipuler qu'une portion, soit en propriété, soit en usufruit, sur la totalité de la communauté. Voici cependant un arrêt de la Cour de cassation qui serait de nature à mettre en doute la solution donnée tant sur cette *Question IIe* que sur la *IIIe Question* que nous venons d'examiner, soit quand, à tort, les termes sonnent donation, soit quand ils contiennent la clause de réduction au cas de survenante d'enfants.

L'arrêt est du 15 *février* 1832 (aff. Lebaillif, veuve Collignon); il a statué par voie de cassation. Il faut ici le bien faire connaître.

Dans leur contrat de mariage, du 2 juillet 1815, les sieur et dame Lebaillif, après avoir stipulé qu'il y aurait entre eux communauté de biens, ont fixé la mise de chacun des époux et réglé le préciput qui, dans tous les cas, pourrait être prélevé par le survivant sur les biens de la communauté. L'article 9 du contrat porte : « Les futurs époux, voulant se donner une preuve « de l'attachement qui les porte à s'unir, se font, par ces pré- « sentes, *donation mutuelle* pour et au profit du survivant d'eux, « ce qu'ils acceptent pour ledit survivant, de l'universalité des « biens meubles et immeubles qui appartiendront au prémou- « rant à son décès, sans aucune exception. Pour, par le survi- « vant, en jouir, faire et disposer, savoir, des conquêts de la « communauté en pleine et libre propriété, et de tous les autres « biens en usufruit seulement, pendant la vie du survivant, « *sauf la réduction légale en cas d'existence d'enfants.* »

La Cour de cassation a déclaré le droit proportionnel exigible.

« Attendu que le contrat de mariage des sieur et dame Le Baillif contient la stipulation formelle qu'il y aura communauté de biens entre les époux; qu'il règle l'apport de chacun d'eux et les autorise à y réprendre tant le préciput stipulé dans l'acte que leurs biens personnels;

« Attendu que c'est ensuite de ces dispositions dont il résulte une égalité de droits en faveur de chacun des époux, à la copropriété des conquêts de la communauté; que dans l'article 9 du contrat de mariage, ils se font donation mutuelle de l'universalité des biens meubles et immeubles, qui, est-il dit dans

l'acte, *appartiendront au prémourant,* au jour de son décès;

« Et que, dans la même clause, cette universalité des biens du prémourant est divisée en deux parties données toutes les deux au même titre; la première composée des conquêts de la communauté, qui sont donnés au survivant en toute propriété, et la deuxième de tous les autres biens en usufruit seulement;

« Attendu, d'ailleurs, que par l'article 10 de ce même contrat, il est accordé au survivant, sur les conquêts de la communauté, un préciput qui, y est-il dit, ne doit pas se confondre avec la donation;

« Attendu enfin que la totalité des biens des époux, sans distinction entre leurs biens personnels et les conquêts de communauté, est soumise à la réduction pour cause d'existence d'enfants;

« Attendu que de la réunion de ces circonstances il résulte que les sieur et dame Le Baillif n'ont pas entendu faire entre eux, dans leur contrat de mariage, une convention dont l'effet eût été, suivant l'article 1525 du Code civil, d'attribuer la totalité des conquêts au survivant, à compter du jour du contrat, en telle sorte que le prémourant fût censé n'y avoir jamais eu aucun droit; mais qu'elles ont voulu seulement se faire une donation de la part des conquêts *qui leur appartiendraient* au jour de leur décès, pour en jouir avec les charges ordinaires des donations. »

Si l'on fait abstraction de la circonstance que le contrat de mariage contenait une disposition complexe en faveur du survivant, tant des conquêts de la communauté en toute propriété que des propres en usufruit, circonstance sur laquelle je n'exprimerai mon opinion qu'en traitant la *Question IV* de cet examen, on reconnaîtra que c'est le vice de la rédaction notariale, et la subtilité de l'interprétation des termes du contrat qui ont dicté cet arrêt.

Cet arrêt n'est pas autre chose qu'un arrêt d'espèce : les termes « *sauf la réduction légale en cas de survenance d'enfants,* » doivent avoir singulièrement influé sur l'esprit de la Cour. C'était faire dire aux parties : « Nous avons déjà exprimé « que nous nous faisions une donation mutuelle; exprimons « maintenant qu'en cas de survenance d'enfants, nous avons « l'intention commune, non pas de diminuer volontairement « et par l'effet d'une stipulation au profit de nos enfants, les

« conquêts attribués au survivant, mais de laisser la loi agir, « en regardant nous-même ces conquêts comme compris dans « la succession du prémourant. »

Tout cela prouve seulement l'ignorance du rédacteur du contrat; cela prouve que le notaire ne savait pas la portée de l'article 1525; cela prouve qu'il ne savait pas que les enfants tenaient, dans ce cas, leur part dans les conquêts de la volonté des parties contractantes; en un mot, cela prouve que, contre la commune intention des parties, le notaire croyait rédiger une donation.

Les auteurs ont cherché à expliquer cet arrêt en disant que les époux avaient commencé par régler leur part de communauté, et que dès lors il y en avait partage, et que le partage est contraire à l'essence de la convention de l'article 1525; et effectivement les deux premiers motifs de l'arrêt peuvent faire soupçonner cette doctrine. La clause « *appartiendront au prémourant à son décès* » a par l'argument *à contrario* fait décider qu'ils ne lui appartenaient pas auparavant.

Mais, en fait comme en droit, quand « le contrat de mariage contient d'abord la stipulation formelle de communauté de biens, qu'il règle l'apport de chaque époux, les autorise à reprendre le préciput et leurs biens personnels, et qu'ensuite on fait des dispositions quelconques, tant des dispositions de propres que de la communauté, on ne peut pas dire *qu'il y ait portage*, quoiqu'il puisse y avoir *supposition de parts égales*.

Non, *il n'y a pas partage* dans un contrat de mariage, quand on dit que les parties auront parts égales dans la communauté; il n'y a qu'une inutile *fixation* de part. Il n'y a pas partage quand on y fixe des parts inégales; il n'y a pas partage non plus quand on exclut de l'universalité de la disposition future de la communauté l'apport des époux ou le préciput du survivant; il n'y a pas non plus partage quand, au lieu de stipuler la totalité de la communauté par le survivant, on n'en stipule qu'une partie.

COIN-DELISLE.

(*La suite à la page* 193 *de ce volume.*)

RECHERCHES SUR L'ÉTAT DE LA FEMME,

L'INSTITUTION DU MARIAGE ET LE RÉGIME NUPTIAL.

Par M. Eug. Bimbenet.

TROISIÈME ARTICLE [1].

DES GERMAINS ET DES GAULOIS.

On ne saurait trop s'élever contre cette proposition avancée de nos jours [2] : que « l'homme dans l'état sauvage cherche par « la force ou la ruse à s'emparer de l'objet de ses désirs, et « qu'il enlève la femme ou la fille qu'il convoite. »

Ce qu'a pu dire à ce sujet Horace [3] n'autorise par un tel jugement qui intéresse l'histoire de l'humanité.

L'homme à l'état sauvage n'a pas besoin d'enlever la femme ou la fille; la promiscuité et la facilité des femmes, résultat de la grossièreté des mœurs, dispense l'homme de toute violence.

La violence implique la pensée d'un état régulier ou naissant au régime de la loi; et en effet les lois pénales dont parle M. Kœnigswarter, réprimant avec sévérité l'enlèvement des femmes, n'ont appartenu qu'à des peuples qui avaient une organisation régulière.

Et pour ne s'occuper ici que des Romains, dont l'indulgence aurait pu être plus grande sur ce point, eux qui, dit-on, n'ont formé leur nationalité que par le rapt des Sabines, fait, il est vrai, contesté de nos jours [4], mais appartenant au moins à la

[1] V. t. VIII, p. 117; IX, 155.

[2] M. Kœnigswarter, *Études historiques*, *Revue de législation*, t. XVII, p. 393, et *Développements de la société humaine*, 1, 1849, p. 145, même *Revue*.

[3] M. Troplong s'autorise de deux vers de ce poëte qu'il cite dans sa préface du *Contrat de mariage*, p. 26 :

..... Venerem incertam rapientes, more ferarum,
Viribus editior,..... ut in grege Taurus.

[4] V. M. Michelet, *Histoire romaine*. Cependant, dans les rites du mariage à Rome, le jeune époux enlevait la jeune épouse au moment où elle franchissait le seuil de la maison conjugale; et l'on assure que cette action avait lieu en mémoire de l'enlèvement des Sabines.

partie légendaire de leur histoire, il est évident que leurs lois remontent, à cet égard, au temps où ils étaient le peuple le mieux et le plus savamment organisé de l'univers.

Mais il est inutile de s'étendre sur ces assertions; ce qu'il importe, c'est de rechercher l'état de la femme chez les Germains et chez les Gaulois celtiques, leurs frères d'origine.

Les Germains, nous dit Montesquieu en traduisant Tacite, étaient presque les seuls « peuples de tous les barbares qui se « contentassent d'une seule femme, si l'on en excepte quelques « personnes qui, non par dissolution, mais à cause de leur « noblesse, en avaient plusieurs [1], » et aussi parce que plusieurs familles ambitionnaient leur alliance.

L'auteur de l'*Esprit des lois* explique la monogamie chez ces peuples par l'influence du climat : dans les pays tempérés, dit-il, où les agréments des femmes se conservent mieux, où elles sont plus tard nubiles, où elles ont des enfants dans un âge plus avancé, la vieillesse de leurs maris suit, en quelque façon, la leur; et comme elles ont plus de raison et de connaissance quand elles se marient, ne fût-ce que parce qu'elles ont plus longtemps vécu, il a dû *naturellement* s'introduire une espèce d'égalité entre les deux sexes, et par conséquent, la loi d'une seule femme [2].

Ces derniers mots ont une grande importance : l'égalité des deux sexes a pour conséquence la monogamie.

Or cette loi, ainsi qu'on l'a dit, est universelle et primordiale.

Mais la raison du climat n'était pas la seule pour les Germains; ils avaient un culte particulier pour la femme qu'ils considéraient comme une sorte de divinité [3], à laquelle ils attribuaient le don de prophétie, et qu'ils consultaient dans tous les actes importants qui intéressaient la nation.

A cette croyance superstitieuse se joignait, chez la femme,

[1] « Exceptis admodùm paucis, qui non libidine, sed ob nobilitatem, plurimis nuptiis ambiuntur. » (*Esprit des lois*, liv. XVIII, chap. 24.)

[2] *Esprit des lois*, liv. XVI, chap. 2.

[3] Le Germain respecte surtout dans la femmé, d'une part l'être qui porte le guerrier dans ses flancs, d'autre part l'être qui, par son exaltation nerveuse et ses vives intuitions, semble plus apte que l'homme à communiquer, dans l'extase, avec les puissances mystérieuses. (Henri Martin, vol. Ier, p. 209.)

une vertu qui devait exercer une grande influence sur sa position sociale.

La femme germaine était autant et plus que l'homme germain attachée à l'indépendance nationale; elle partageait avec son mari, avec son père, avec ses enfants les périls de la guerre; *cibosque et hortamina pugnantibus gestant.*

Chaste, elle préférait la mort à la moindre atteinte portée à sa pudeur et à sa fidélité d'épouse.

Les exemples de la vertu sauvage de la femme germaine sont trop nombreux et trop constatés pour qu'on insiste sur ce point; ils justifient ce que Tacite nous dit dans son admirable langage : *Severa illic matrimonia* [1] — *septæ pudicitia agunt* [2] — *paucissima in tam numerosa gente adulteria* [3].

Il n'est donc pas étonnant que ces peuples aient eu pour la femme cette considération qu'on leur attribue unanimement, et qu'ils l'aient appelée dans le conseil [4], et lui ait déféré une partie de l'autorité civile et politique.

Cette situation de la femme chez les Germains, c'est-à-dire chez les Celtes, est la clef des institutions matrimoniales de ces peuples.

Comment la femme prêtresse, *voyante*, prophétesse et guerrière, chez un peuple superstitieux et guerrier, n'aurait-elle pas été la femme unique de celui dont elle partageait le culte et les dangers? comment n'aurait-elle pas été commune avec lui, surtout à cette époque où la propriété n'était pas constituée, où le domicile même ne l'était pas, où la vie vagabonde et précaire s'alimentait au jour le jour, où l'asile de la famille était un chariot, et la maison la voûte des forêts surmontée de la voûte du ciel?

Une semblable existence entraîne avec elle, comme conséquence forcée, la communauté la plus absolue entre l'homme et la femme; ces *hamaxobii* ne pouvaient pas faire deux parts distinctes; heureux quand il pouvaient partager les fruits de la chasse ou du pillage!

[1] Tacite, *Mœurs des Germains*, 18.

[2] *Id.*, 19.

[3] *Id.*, 19.

[4] « Inesse quinetiam sanctum aliquid et providum putant, nec aut consilia earum adspernantur, aut responsa negligunt. » (Tacite, *Mœurs des Germains*, 8.)

Cet état primitif ne s'altéra pas sensiblement à mesure que ces peuples firent quelques pas dans la voie de la civilisation.

« Alors, dit Tacite, ils occupent des terres plus ou moins « étendues à proportion du nombre de ceux qui doivent les « cultiver; après que le canton entier a pris possession d'une « contrée, on la partage entre les particuliers selon leur condi- « tion, l'étendue des campagnes et des terres labourables fait « qu'on n'a guère de difficulté sur le partage; tous les ans ils « cultivent de nouvelles terres, et en ont cependant encore de « reste [1]. »

César entre dans les mêmes détails lorsqu'il parle des Germains : « Ils ne s'attachent point, dit-il, à l'agriculture, et ils « ne vivent que de lait, de fromage et de chair, nul n'a un « champ fixe qui lui appartienne en propre, mais tous les « ans le magistrat et les anciens en assignent un où il leur « plaît à une communauté ou à *une famille*, à proportion des « membres qui la composent; à l'expiration de l'année ils la font « passer ailleurs [2]. »

Ainsi, passant de la vie pastorale à la vie agricole, les Germains conservent leurs mœurs et leur état de peuple nomade.

Ce qui le distinguait jadis : la haine des demeures fixes, allant jusqu'à la haine des maisons, le distingue encore dans cette nouvelle situation; et cette haine de l'habitation construite et permanente révèle encore le régime de la communauté entre le mari et la femme.

César expliquant le partage des terres s'exprime ainsi : « Les « Germains en rapportent plusieurs raisons : c'est pour qu'on « ne s'accoutume pas dans un endroit au point de négliger les « armes pour l'agriculture; pour éviter qu'il ne prenne envie à « chacun de s'étendre, et qu'à la fin *les grands ne chassent les* « *petits;* pour qu'on ne pense pas *à bâtir des maisons commodes*

[1] « Agri, pro numero cultorum, ab universis per vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur, facilitatem partiendi camporum spatia præstant. — Arva per annos mutant, et superest ager. » (Tacite.)

[2] « Agriculturæ non student, majorque pars victûs eorum lacte et caseo et carne consistit. — Magistratus et principes, in annos singulos, gentibus cognationibusque hominum qui unà coierint, quantùm et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post aliò transire cogunt. » (*Comment.*, liv. VI.)

« contre le froid et le chaud, et que personne ne pense à s'en-
« richir[1]. »

Cette haine de l'habitation était telle que loin de conserver celles que la guerre leur livrait, ils les détruisaient[2].

Cette vie indépendante et nomade; ces habitudes persévérantes de transition et de voyage, devaient rendre la fortune privée sans importance, la réduire à de simples objets mobiliers sans valeur; et par conséquent introduire une communauté de fait et de *coutume* entre les époux.

Cependant il est question de dot chez ces nations, et Tacite nous apprend que le mari germain apportait la dot à la femme qu'il voulait épouser : *dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*[3].

On en a conclu que la femme était l'objet d'un achat lors de son marige, et l'on a justifié cette proposition sur le passage de Tacite qui vient d'être rapporté : le père, la mère, les parents assistent à l'entrevue et agréent *les présents;* ces « présents ne sont pas des frivolités pour charmer les femmes « ni des parures de mariées; ce sont des bœufs, un cheval

[1] « Ne consuetudine capti, studium belli gerendi agricultura commutent, ne latos fines parare studeant, potentioresque humiliores possessionibus expellant, ne accuratius, ad frigora atque æstus vitandos ædificent, ne qua oriatur pecuniæ cupiditas. » (*Comm.*, liv. VI.)

[2] Pelloutier et Chiniac, *Histoire des Celtes.*

[3] M. Troplong fait observer que Tacite a parlé de cet usage sans le bien comprendre, et qu'il ne s'agit pas du tout d'une dot dans le sens des lois romaines. Cette réflexion est on ne peut plus juste, car Tacite abandonne bientôt le mot *dos* pour celui de *munera*, et c'est précisément pour cela qu'on ne peut les considérer comme un prix d'achat; les présents offerts à la jeune fille recherchée en mariage ne sont pas donnés à ses parents; ils sont le témoignage de l'amour, le présage du bonheur qui attend la nouvelle épouse dans la maison de son mari; ils ne cessent pas d'appartenir à ce dernier; ils sont une des obligations du mariage au nombre desquelles il faut placer, pour le mari, celle de pourvoir sa femme, non-seulement des choses les plus nécessaires, mais aussi de ces superfluités exigées par la position qu'il occupe dans la société. Seulement chez les Germains ces présents étaient soumis au contrôle des proches de la jeune fille.

Cet usage semble s'être conservé jusqu'à nos jours; dans la Beauce, pays des Carnutes et Celtiques par excellence, les contrats de mariage se discutent encore dans une assemblée de famille, et tous ceux qui y assistent sont informés des conditions du mariage; la discussion devient générale, et non-seulement les père et mère des futurs époux, mais même leurs parents les plus éloignés, y prennent une part très-active.

« tout bridé, un bouclier, une framée et le glaive; pour ces « dons on reçoit l'épouse; elle, *de son côté, apporte* quelque « arme à son mari.

« Ce sont leurs sacrés liens, leurs mystérieux symboles, leurs « dieux d'hyménée; qu'ainsi la femme ne se croie point hors « des pensées héroïques, hors des hasards de la guerre; les « auspices de l'hymen le lui disent déjà : elle vient comme « compagne des travaux, des périls; sa loi, en paix comme au « combat, c'est d'oser et souffrir comme lui; voilà ce que lui « dénoncent l'attelage des bœufs, le cheval préparé et les « armes; ainsi il faudra vivre et mourir [1]. »

M. Kœnigswarter a considéré cette dernière partie du récit de Tacite comme une inspiration poétique [2], il est impossible d'adopter cet avis.

Cet attelage de bœufs, symbole universel commun aux Romains naissants et aux Romains civilisés, chez lesquels on le retrouve dans le mot *conjugium* et dans ses rites de mariage, et aux Germains représentés par les Slaves chez lesquels on le retrouve, de nos jours, dans le mot *souproug* (*sous le même joug*, synonyme de *mariage*) [3], ce symbole est celui de la vie commune.

Pourquoi ne serait-ce pas un symbole? parce que les chevaux et les bœufs étaient d'une grande valeur chez les Germains, proposition justifiée par le tarif de la valeur de ces animaux constatée par la loi des Ripuaires [4]? — mais il faut se reporter aux temps antérieurs, et même à ceux où Tacite écrivait; dans ce temps la valeur des objets symboliques donnés par le mari n'était pas celle que leur donne la loi des Ripuaires.

Cet apport n'était pas exclusif de celui de la femme : et si pour ces dons l'époux recevait l'épouse, de son côté elle apportait quelque arme à l'époux; et d'ailleurs, Tacite parle en général, et de ce qui se passait dans les principales familles; ce qu'il dit n'est pas exclusif de ce qui se passait dans les familles d'un

[1] « Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant, etc. » On a adopté ici la traduction du passage de Tacite, telle qu'elle est produite par M. Michelet, p. 28, *Des origines du droit français recherchées dans* les symboles *et formules du droit universel.*

[2] *Développements de la société humaine, Rev. de lég.*, 1, 1849, p. 53.

[3] *Soirées de Saint-Pétersbourg.*

[4] Loi Ripuaire, tit. 31.

ordre inférieur, où le don du mari devait être proportionné à sa fortune et à sa condition.

Ce qui est certain, c'est qu'alors la propriété immobilière n'était pas constituée, que le système monétaire était inconnu, l'argent et l'or fort rares; et que la communauté qui se forme sous l'influence du peu de valeur des objets usuels, d'une vie obscure, laborieuse et pauvre, devait, de toute nécessité, exister chez ces peuples pasteurs, nomades et guerriers [1].

Le texte de Tacite ne dit pas que ces dons fussent offerts aux parents de l'épouse; il dit, au contraire, que le mari les offrait à celle-ci, qui *de son côté* lui apportait quelque arme.

Cette interprétation est si vraie que ces mots : *pour ces dons, elle de son côté*, ne viennent qu'après ceux-ci : *ces présents ne sont pas des frivolités pour charmer les femmes*; et enfin Tacite a dit en commençant : la dot est donnée *par le mari à la femme*.

Ces mœurs, ces coutumes des Germains peuvent être considérées comme ayant été communes aux Gaulois.

En examinant les institutions de ce peuple au moment de la conquête des Romains, on doit comprendre qu'il existât une certaine différence entre les mœurs que les habitants de la Gaule celtique avaient apportées du lieu de leur origine, et celles qu'une civilisation plus avancée leur devait faire adopter; et cependant on sera frappé des similitudes existant entre les mœurs anciennes et les mœurs nouvelles.

En premier lieu, on doit remarquer l'antipathie profonde que les Gaulois avaient pour l'habitation.

A l'origine de leur occupation de la *Celtique*, ils ne s'étaient pas bâti de maisons; ils habitaient des cavernes, et le nom de la contrée choisie par eux, le pays des Carnutes, vient du mot celtique *Carnoth*, qui veut dire *souterrain* [2].

Les nombreuses tribus répandues sur cet immense territoire se maintinrent dans un état complet d'isolement; ces nations, dit Montesquieu, étaient protégées par des marais, des lacs et des forêts. César nous apprend que les légions romaines

[1] « Proximi, ob usum commerciorum, aurum et argentum in pretio habent, formasque quasdam nostræ pecuniæ agnoscunt et eligunt; interiores simplicius et antiquius permutatione mercium utuntur. » (Tacite, V.)

[2] Chevard, *Histoire de Chartres*. « Solent et subterraneos specus aperire, eosque multo insuper fimo onerant, suffugium hiemi et receptaculum frugibus. » (Tacite, XVI.)

étaient effrayées des difficultés que le sol offrait à leur marche : *non se hostem vereri sed angustias itineris et magnitudinem sylvarum quæ inter eos et Ariovistum intercederent*[1].

La propriété était restée commune; si Tacite a pu dire des Germains : *per annos mutant*; si César, d'accord avec Tacite, a pu nous dire : *neque quisquam agri modum certum aut fines proprios habet; sed magistratus ac principes in annos singulos, gentibus cognationibusque hominum qui una coierint, quantum et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt*[2], il a pu, également, nous révéler, dans la Gaule celtique, une situation du sol voisine de sa situation originaire; et lorsqu'il parle de Dumnorix, il le représente comme un homme hardi, entreprenant, en grand crédit auprès du peuple par ses libéralités, qui souhaitait quelque révolution dans l'État et qui, depuis quelques années, tenait toutes les fermes du pays à vil prix, parce qu'on n'osait enchérir sur lui : *complures annos portoria reliquaque omnia Æduorum vectigalia parvo pretio redempta habere; propterea quo illo licente, contra liceri audeat nemo*[3].

Cet état du sol arable, tenu en ferme générale, autorise à penser qu'il était dans une sorte de promiscuité, cultivé par une certaine classe de serfs ou de prolétaires libres, moyennant un fermage versé au trésor public, et qu'ainsi le territoire n'appartenant à personne appartenait à tout le monde.

Il est vrai que, déjà, on voit surgir une situation nouvelle substituée à l'ancienne; que ce n'est plus là le cantonnement *des familles* en possession momentanée d'une étendue de territoire calculée sur le nombre de leurs membres; mais il n'en est pas moins évident que la mise en possession du territoire, sans que la propriété en soit aliénée au profit du possesseur, était encore en vigueur au moment où César pénétra dans la Gaule celtique.

Cette loi territoriale était générale à cette époque; ceux de Bergue et Zutphen, chassés de leur pays par les Suèves, voulaient se rejeter sur la Gaule celtique. César crut devoir s'y opposer; la tribu errante offre son alliance au général romain, en y mettant la condition qu'il lui soit donné des terres, et de

[1] *Comment.*, liv. Ier.
[2] V. la note ci-dessus.
[3] *Comment.*, liv. Ier.

la laisser jouir de celles qu'elle avait conquises. Mais César lui répond qu'il ne pouvait lui accorder son alliance tant qu'elle resterait dans la Gaule; qu'il n'était pas juste que ceux qui n'avaient pas pu défendre *leurs terres* s'emparassent de celles d'autrui; qu'il n'y avait pas de terres vacantes dans la Gaule; et il lui donne le conseil d'aller se fixer sur le territoire des Ubiens : *sed licere, si velint, in Ubiorum finibus considere*[1].

Enfin on rencontre à cette source unique de l'état politique et des institutions du peuple gaulois celtique, avant la conquête des Romains, un autre usage qui semble n'être qu'un reste d'un ordre de choses antérieur correspondant à la mise en commun de toutes les richesses appartenant à la nation.

« La plupart du temps, dit César, les Gaulois font vœu de « consacrer à Mars les dépouilles de l'ennemi, et après la vic- « toire, ils lui sacrifient le bétail qu'ils ont pris; le reste est « déposé dans un lieu destiné à le recevoir; il arrive rarement « qu'au mépris de la religion, quelqu'un cache le butin qu'il a « fait et ose détourner quoi que ce soit de ce qui a été mis en « dépôt; les châtiments les plus cruels sont attachés à un pareil « crime : *Gravissimumque ei rei supplicium cum cruciatu con-* « *stitutum est*[2]. »

Chez un peuple guerrier par son éducation, par sa constitution politique, les institutions appartenant à la discipline militaire sont celles qui doivent survivre aux institutions que le temps a modifiées.

Ainsi l'occupation annale en vertu d'une autorisation des magistrats; la ferme générale des terres donnée à l'enchère; la réserve du butin fait sur l'ennemi et son dépôt dans le trésor public; telles sont les preuves de l'ancienne institution de la promiscuité des terres dans la Gaule celtique; institution commune à tous les peuples de la Germanie.

Mais, on l'a dit, cette situation s'était considérablement modifiée; il est nécessaire d'examiner jusqu'à quel point et de tâcher de concilier les résultats des citations qui précèdent avec celles d'autres textes offrant une tout autre idée de l'état des choses.

En premier lieu on remarque un culte fortement constitué

[1] *Comment.*, liv. IV.
[2] *Comment.*, liv. VI.

partagé par la femme : le druidisme lui donnait, sinon une part d'influence égale à celle de l'homme dans l'élément religieux, au moins une part très-considérable.

En second lieu l'institution du mariage consacrait la monogamie; on en rencontre la preuve dans un grand nombre de passages des commentaires et, particulièrement, dans celui où César prend soin de faire connaître que le régime nuptial comportait l'apport de la femme égal à celui de l'homme, institution sur laquelle je reviendrai bientôt.

Enfin on remarquera que l'état du sol avait changé : l'idée de la propriété avait germé et s'était développée dans les esprits, ainsi qu'il doit arriver à la suite d'une possession prolongée.

L'inégalité des fortunes s'était établie et avait été précédée de l'inégalité des conditions. Inutile de rechercher ici les causes de ces changements apportés à la loi d'égalité qui avait dû présider à la marche et à la conquête de ces tribus; ces causes sont écrites dans les constitutions de tous les peuples; inutile aussi d'en signaler les développements plus ou moins rapides; ce qu'il faut rechercher, ce sont les conséquences de ces changements.

La première, c'est la constitution de la propriété;

La seconde, la constitution de l'hérédité et du régime nuptial;

La troisième, la similitude des classes plébéiennes et serves avec celles des clients et des prolétaires à Rome; et l'analogie que l'on remarque entre la division des classes sous l'empire de la constitution romaine, et celle des classes sous l'institution féodale en France, avec la division des classes sous l'administration de la Gaule celtique dominée par le druidisme et l'aristocratie de naissance et de fortune; et par conséquent la similitude des moyens d'existence mis en pratique tant par les classes plébéiennes gauloises que par les classes plébéiennes de Rome et de la France féodale.

La propriété était constituée, car les druides, dans leurs attributions judiciaires connaissaient des actions en bornage de terres : *si de finibus controversia est iidem decernunt*[1]; et M. Guizot nous apprend qu'on devait considérer la Gaule comme une agglomération de clans dont les chefs possédaient les terres et dont les cultivateurs n'étaient que les tenanciers.

[1] *Comm.*, liv. VI.

L'hérédité était constituée, car les druides dans leurs attributions judiciaires connaissaient des actions héréditaires : *si de hereditate controversia est, iidem decernunt*[1].

Enfin le mariage était constitué sous l'influence des mœurs et des coutumes antérieures qui consacraient une sorte de culte de la femme, son association à tous les accidents de la vie du mari, son partage de tous ses travaux, des périls de la guerre; et, aussi, sous l'influence des égards pour elle, qu'on ne retrouve à cette époque de barbarie que chez ces peuplades supérieures par leur intelligence et leur douceur[2] à toutes les autres peuplades; et par conséquent la monogamie, comme règle du droit commun, ne souffrant d'exception que par tolérance et comme une immunité accordée à l'illustration et à la puissance.

Le régime nuptial, lui-même, était constitué; et ici s'élève une grave controverse.

« Un homme, dit César, est obligé de mettre *dans la communauté*, la même somme, estimation faite, que celle qu'il a « reçue pour dot de sa femme; on dresse un état de tout cet « argent, et ses fruits en sont mis à part; ces deux sommes et « ce qu'elles ont rapporté appartiennent au survivant[3]. »

A ne s'en tenir qu'aux expressions littérales de ce passage, qui ne verrait là une véritable communauté entre époux, et une communauté d'autant plus parfaite qu'elle va jusqu'à l'*aleu*? Mais l'esprit d'analyse est venu se substituer à l'impression spontanée du bon sens; et des légistes ont, à l'aide d'un commentaire empreint des préoccupations inspirées par les rapports nouveaux et les lois nouvelles, renversé ce système d'abord assez unanimement adopté.

Des anciens jurisconsultes imités, en cela, par les orateurs du tribunat; des écrivains modernes versés dans la science du droit : Lebrun, Guichard, Pardessus, n'hésitèrent pas à voir dans le passage des commentaires la révélation du régime de la communauté conjugale.

[1] *Comm.*, liv. VI.

[2] *Histoire des Celtes* (Pelloutier-Chiniac).

[3] « Viri quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine, acceperunt, tantas ex suis bonis existimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita superarit, ad eum pars utriusque, cum fructibus superiorum temporum, pervenit. » (*Comment.*, liv. VI.)

Et enfin un écrivain éminent, M. Mignet, qui n'a pas fait de l'étude des lois son occupation particulière et exclusive et dont l'opinion, par cela même, est d'autant plus considérable qu'elle n'est pas tourmentée par l'esprit de controverse et le désir de découvrir dans un texte autre chose que ce qui s'y trouve, a adopté cette opinion.

Mais Merlin et un grand nombre d'autres graves docteurs ont refusé au régime nuptial gaulois le caractère de *communauté*.

Ce n'est, disent-ils, sous l'apparence d'une communauté d'acquêts, et *selon nos idées actuelles* [1], qu'un préciput conventionnel soumis à la condition de prédécès des époux : un gain de survie.

Il faut avouer que si l'on donnait à un notaire le soin de faire une liquidation en représentant un contrat semblable à celui que rapporte César, il devrait lui attribuer ce caractère et opérer en conséquence ; mais est-ce là le point de vue auquel on doive se placer lorsqu'on examine une question d'origine, et lorsque l'on traite de l'histoire d'une institution ?

Ce que l'on recherche dans ce cas, c'est le germe de l'institution ou du régime ; son développement, sa croissance et sa perfection viennent après ; et dans l'enfance du régime nuptial constituant la communauté entre époux, on ne pouvait contester ce régime sur le motif de son imperfection et des lacunes qu'il contenait.

Les peuples qui l'avaient adopté étaient encore étrangers à toutes les subtilités du droit ; leur prévoyance n'allait pas au delà de la simplicité et de la naïveté de leurs rapports sociaux ; et ils croyaient être communs, et ils l'étaient en effet à ce moment, lorsqu'ils contractaient en apportant également de part et d'autre une somme qui devait appartenir, avec ses fruits ou ses revenus, à celui des deux époux qui survivait à l'autre.

Cette communauté résultait de celle qui existait pour toutes les autres parties de l'existence commune ; elle tirait sa perfection de son imperfection même, et le hasard du prédécès y ajoutait encore ; là tout était commun, le capital et les revenus par la chance de rester propriétaire de l'un et des autres.

Ces simples observations doivent suffire, non pas pour éta-

[1] M. Kœnigswarter, *Revue de législation*, t. XIV, p. 36, et t. XVII, p. 429. Dans ce dernier passage, il dit : selon *nos idées modernes*.

blir, si l'on veut, cette communauté, résultat du développement qu'elle a pris depuis que la société française est parvenue au règne complet de la loi; mais au moins le principe de ce régime transmis aux générations qui ont succédé à celles pour lesquelles il était suffisant et complet.

A ces observations on peut en ajouter une autre qui domine l'examen critique auquel on doit se livrer ici.

Les savants qui ont contesté au régime de la communauté son origine gauloise se plaçaient sous l'empire de cette idée que partout la femme était, sinon esclave, au moins, à l'égard de l'homme, dans un état voisin de l'esclavage.

Suivant eux la femme était, originairement, l'objet du rapt et de la violence; et le premier pas qu'elle a fait dans la voie de l'émancipation a été l'achat par celui qui voulait l'épouser.

Comment admettre un instant que la femme fût d'abord l'objet d'un rapt, et quelle idée pourrait-on se faire d'une société, quelque peu avancée qu'on la suppose, dans laquelle la reproduction n'aurait été que le résultat de l'enlèvement et le plus ordinairement du viol?

On ne saurait trop insister sur ce point qui est la majeure des conséquences de la plus grande importance.

Ou ces nations étaient à l'état sauvage, et alors la femme était libre comme l'homme et d'une facilité que l'absence d'institutions ne réfrénait par aucun moyen : les femmes de la Nouvelle-Hollande se livrent aux étrangers et c'est une honte pour elles lorsque leurs faveurs offertes ne sont pas acceptées; et l'on concevrait que ce qu'elles donnent si facilement au premier venu ne soit pas à la disposition de leurs compatriotes!

Admettre l'état habituel de la violence chez les peuples abandonnés aux seuls appétits de la nature, c'est admettre une situation contraire à toutes les lois de la nature.

Ou ces peuples ont des institutions sans doute imparfaites, mais, enfin, des institutions qui règlent le mariage et ses conditions; mais alors la femme est sous leur protection, et le rapt et la violence sont des crimes comme ils le sont chez toutes les nations organisées; et, alors aussi, ils cessent d'être le mode de mariage et de la formation de la famille, et l'on conçoit que les lois les punissent avec une extrême rigueur.

Nos lois punissent le rapt, le viol et l'atteinte portée à la pu-

deur des femmes; dirait-on que ces attentats menacent sans cesse les femmes?

Les mœurs des Germains qui nous ont été transmises par des écrivains dont les révélations sont les seules sources où nous puissions puiser pour connaître ces peuples sans annales, sont bien éloignées de ces étranges excès.

Aussi n'est-ce point dans les ouvrages que nous ont transmis les Tacite, les Strabon, les Orose et tant d'autres, que se va chercher la preuve de l'existence de ces mœurs impossibles, et que ne pourrait supporter aucune association d'hommes, quelque barbare et dégradée qu'on la suppose.

Cette preuve, elle se tire des lois des barbares, de la loi salique, de la loi des Ripuaires, des Allemands, des Burgundes et de tant d'autres peuples venus en vainqueurs de la Germanie sur les bords du Rhin et dans les Gaules.

Mais depuis l'époque à laquelle César et, après lui Tacite, ont écrit sur les mœurs, les coutumes et les institutions de ces peuples, il s'est écoulé des siècles; des invasions, des combats, des conquêtes, des occupations de territoires, des générations se sont succédé qui ont modifié, transformé ces mœurs, ces coutumes et ces institutions.

Aussi n'est-ce pas sans étonnement que l'on voit, pour caractériser les mœurs, les coutumes et les institutions de ces peuples, quelques auteurs s'appuyer sur des lois faites après la conquête de la Gaule, rédigées en latin sous l'influence du christianisme et des rois de la première et de la deuxième race.

Faire remonter les mœurs accusées par ces lois aux temps antérieurs à la conquête de César, c'est intervertir toutes les notions des choses ordinaires, c'est tomber dans la même erreur que celle dans laquelle on tombait lorsque, combattant Tacite lui-même, qui voyait dans la paire de bœufs offerte par l'homme à la femme un symbole de la vie commune, on invoquait le tarif des bœufs contenu dans la loi Ripuaire [1].

La date de ces lois et leurs textes mêmes laissent dans l'esprit une grande incertitude [2].

[1] V. plus haut.

[2] Il est à remarquer que ce tarif contenu dans la loi des Ripuaires a pour base la valeur *monétaire des Francs*, ce qui établit une énorme différence avec la valeur des objets tarifés chez les Germains qui n'avaient pas de

Il est reconnu qu'avant les temps mérovingiens les lois des Allemands, par exemple, n'avaient pas été écrites, et que cette rédaction n'eut lieu que très-longtemps après la soumission de ces peuples ; et comme ce n'est que vers l'an 213 de l'ère chrétienne que les Allemands sont nommés dans l'histoire, il suit de ce double fait que ces lois ne peuvent être rigoureusement considérées comme étant celles des temps bien plus anciens auxquels se réfèrent les récits de César et de Tacite.

Toutes personnelles, elles ne réglaient pas la propriété, alors indifférente et sans valeur ; restées à l'état de coutumes, c'est-à-dire variables, sans unité, d'une interprétation arbitraire, elles ne purent être codifiées qu'en subissant de considérables altérations.

Et sans vouloir entrer ici dans la contestation qui s'élève sur la question de savoir si cette codification doit être attribuée à Thierry, si après lui Childebert et Clotaire y ont fait quelques additions, ou si l'on doit en faire honneur à Dagobert Ier seul, on peut assurer que ces lois n'ont été écrites qu'au VIe siècle de l'ère chrétienne ; et comme Jules-César étudiait les mœurs des Gaulois Celtiques 44 ans avant Jésus-Christ et que Tacite écrivait 54 ans après l'ère chrétienne commencée — et enfin en admettant que ce fut Thierry qui, le premier, fit rédiger les lois des Allemands, après qu'il eut étendu son empire sur ces peuples, c'est-à-dire en l'année 530 — cinq cent soixante-dix ans se seraient écoulés entre les récits de César et les codifications des lois des Allemands [1].

Comment donc interroger l'*antiquité* sur des documents récents et qui ne lui appartiennent pas, et fixer l'histoire des insti-

monnaie. Ils pouvaient donc, chez ce peuple, *servir comme symboles, car ces derniers objets, ainsi que le fait remarquer très-judicieusement M. Koenigswarter, ont été toujours et partout d'une mince valeur, afin d'être à la portée de tout le monde*; et l'on ne peut, par conséquent, raisonner de l'usage des Germains avec la loi des Ripuaires ; et ces lois barbares ne peuvent être invoquées comme justification de ce qui se passait chez les Germains.

[1] V. à ce sujet les savantes dissertations de MM. de Rozière, professeur à l'École des chartes, dans ses *Recherches sur l'origine et les différentes rédactions de la loi des Allemands* (*lex Alamannorum edente Johanne Merkel*), insérées dans la *Revue historique du droit français et étranger*, 1re livraison, p. 68, et du Bétigny, *De l'origine et des différentes rédactions de la loi des Wisigoths*, même Revue, 2e livraison, p. 1.

tutions antérieures sur des législations modifiées, réformées, réunies d'éparses qu'elles étaient, et après une si longue période marquée par les événements les plus considérables, les révolutions et les transformations les plus profondes?

Certes la puissance de la tradition et de la coutume, non plus que la persistance des peuples à les respecter et à les maintenir, ne peuvent être publiées; mais cependant c'est vainement qu'on s'obstinerait à voir ses coutumes, après l'espace de plusieurs siècles, telles qu'elles étaient alors que les peuples auxquels elles appartenaient, vivaient dans la plénitude de leur liberté et de leurs institutions.

Ces réflexions doivent paraître d'autant plus justes, en ce qui concerne les lois des Allemands, que ces lois n'ont pas été seulement l'objet d'une révision, mais qu'après que le duc Godefroy eut secoué le joug des Mérovingiens, son fils Lantfried, qui sut conserver pendant quelques années à ces peuples l'indépendance que Godefroy leur avait rendue, en fit une nouvelle codification.

Elles s'appliquent à plus forte raison à la loi salique revisée par Charlemagne, auquel on attribue même la révision de la loi des Allemands qui virent, ainsi, disparaître les changements que Lantfried y avait apportés; et aussi à la loi des Ripuaires et à toutes les lois composant le Code des lois barbares.

La peine infligée pour le rapt de la femme, dans ces législations, ne prouve donc pas plus l'état de guerre déclarée à la femme germaine pour la posséder à titre d'épouse, que la peine infligée par les lois romaines, les capitulaires et les lois modernes, ne prouve l'état de guerre déclarée à la femme par le Romain, par le Franc et le Français, et que le mot *conquête* appliqué dans le langage de la galanterie, à l'aveu d'un sentiment tendre arraché à la femme aimée, n'éveille la pensée d'une violence.

La preuve de l'achat de la femme résulte-t-elle de ces lois?

Cette situation a été attribuée à la femme sur tous les points du globe; on a parlé, en commençant ces recherches, de la femme hébraïque, et l'on a montré que celle-ci n'avait pas été réduite à cette dégradation.

Il est inutile de rouvrir le cercle immense qui se présente devant soi lorsqu'il s'agit d'interroger l'histoire de l'institution du mariage et du régime nuptial chez tous les peuples; on ne

peut que s'arrêter, à cet égard, à une règle générale : celle de la tradition religieuse; et il a été démontré que chez tous les peuples, sous toutes les théogonies, la femme avait été admise au partage des attributs de la Divinité, au sacerdoçe et à toutes les prérogatives de l'homme.

En aurait-il été autrement chez les Celtes d'origine asiatique, ayant transporté dans leurs migrations le souvenir effacé, il est vrai, mais enfin le souvenir de la religion native?

Ici l'auteur auquel on s'attache à répondre, M. Kœnigswarter, invoque les récits de Tacite et les lois barbares comme il les invoquait pour établir le rapt qu'il élève à l'état originaire de l'institution du mariage.

On a examiné le texte de Tacite et fait voir que, d'après ce texte, ce qui était considéré comme un achat n'était qu'un symbole de l'association de la femme et de son partage de la destinée de l'homme.

En consultant les lois barbares, on arrivera à la même conséquence pour répondre à la question de rapt et d'achat.

La première observation de M. Kœnigswarter porte sur le *mundium* et sur l'état de minorité perpétuelle et de tutelle dans lequel la femme était placée; il invoque encore Tacite : *intersunt parentes et propinqui ac munera probant;* et sur ce texte, il transforme en un contrat de vente un usage qui s'est perpétué jusqu'à nous [1].

Cette autorité et cette tutelle ne peuvent pas plus autoriser la pensée de l'achat de la femme, que son incapacité civile ne peut l'autoriser dans les temps modernes [2].

Ce texte, dans ce seul passage et dans toutes ses parties, démontre, ainsi qu'on l'a fait remarquer déjà, que ces *munera* étaient donnés à la femme elle-même, et non à ses parents qui n'avaient d'autre mission que d'en constater la valeur.

On doit ajouter que s'il était possible de concéder que les pa-

[1] Tous les peuples primitifs obéissent à cette pensée, inhérente à la barbarie, de se glorifier, comme d'une conquête, des prémices de la femme, et de manifester leur joie grossière par des libéralités. (M. Troplong, préface du *Contrat de mariage*, p. 107.)

Cette pensée semble avoir survécu à la barbarie, ou tout au moins la civilisation la plus avancée lui ressemble beaucoup à cet égard.

[2] V. M. Kœnigswarter, *Développements de la société humaine.* (*Revue de législation*, 1, 1846, p. 164.)

rents y eussent un droit quelconque, ce n'était que des arrhes du mariage avancées au moment des fiançailles ; et en admettant que ce fût le prix du *mundium*, cette donation n'était qu'un précompte du douaire de la femme.

Cela est si vrai qu'il est admis comme un fait incontestable que, sous les lois qui régissaient le *mundium*, l'usage s'introduisit bientôt d'abandonner partie du prix du *mundium* à la femme, et enfin la totalité de ce prix.

Mais entre ce prix payé comme compensation de la tutelle exercée par les parents sur la femme et celui du rapt, il y aurait une différence tellement considérable que rien de commun n'existerait entre eux ; et cependant on persiste à le considérer comme le prix du rapt se transformant en prix de la virginité de la jeune épouse, et, enfin, en une marque de sollicitude conjugale prévoyant le sort de la femme devenue veuve [1].

Il n'existe aucune trace de cet usage dans l'histoire des mœurs des Germains et des Gaulois. EUGÈNE BIMBENET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] Loin que cette tutelle perpétuelle soit démonstrative de l'achat de la femme, elle en est la démonstration contraire la plus manifeste.

« Chez les Lombards, dit M. Kœnigswarter (*Rev. de lég.*, 1, 1849, p. 153), « toute femme sans exception devait avoir son *mundualdus ;* la fille avait « son père, la femme mariée son époux, la sœur son frère ; dans les degrés « plus éloignés c'étaient les agnats, et, à leur défaut, la Cour du roi qui « tenait la femme en garde ; quant au *mundium* de la veuve, il appartenait « soit au fils, » etc.

Si le *mundium* était le signe de l'achat de la femme, il faudrait donc admettre qu'elle était vendue, non pas seulement par son père, ce que l'on pourrait admettre, mais *par la Cour du roi* et *par son fils*.

Cette simple réflexion démontre bien l'impossibilité de confondre le prix du *mundium* avec un prix d'achat.

LA SÉPARATION DE CORPS RÉFORMÉE.

Par M. Paul Bernard, docteur en droit, procureur impérial à Château-Thierry (Aisne).

QUATRIÈME ARTICLE [1].

Capacité de la femme séparée de corps. — La séparation de biens, aux termes des articles 217 et 1449, modifie l'autorité maritale en ce que le mari est dessaisi de l'administration des biens de sa femme. L'autorisation maritale est maintenue pour les actes de disposition; elle est en effet éminemment protectrice, parce qu'elle veille aux dissipations que la femme pourrait faire comme aux donations qui lui proviendraient d'une source impure. Elle doit donc être maintenue en principe. Mais il est des cas cependant où l'obligation qu'on en fait à la femme est injuste, lorsque la séparation de corps est définitivement prononcée. Mon système, comme toute innovation, soulèvera peut-être de nombreuses objections; il n'est pas nouveau cependant, car il a sa source dans certaines coutumes. Avant de réclamer une réforme, je devrais sans doute me livrer à une longue dissertation *sur l'un* des principes qui servent de fondement à l'autorisation maritale; je veux parler de l'infériorité de la femme; je me bornerai à contester son incapacité. Rejetons l'exemple du droit romain, car si la femme était incapable, il faudrait faire revivre ces prétendues protections qui n'étaient que des chaînes barbares brisées par la civilisation; la tutelle perpétuelle n'avait pas pour but de protéger les femmes contre leur incapacité, on sait que c'était une institution politique toute dans l'intérêt des agnats (Gaius, 1, 192). Le droit français n'a pu considérer la femme comme incapable qu'en la comparant au mari, parce que, dans une société de deux personnes, il fallait donner la prééminence à celui que la nature a fait plus fort et plus apte aux affaires. Mais considérée d'une manière absolue, la capacité de la femme est légalement la même que celle de l'homme. Or le système de la loi, protecteur pour les femmes mariées que leur légèreté rend suspectes, est tyrannique pour celles que leur vertu, leur raison,

[1] V. t. XIX, p. 324.

leur affection maternelle mettent au-dessus de ces mesures de défiance. L'exagération ou plutôt l'uniformité de la loi excite des réclamations contre leur dépendance vis-à-vis d'un époux qui s'est fait marquer d'indignité. La séparation de corps est alors pour l'épouse une chaîne lourde à porter, car à toutes les douleurs qui l'ont précédée et qui la suivent, il faut ajouter l'obligation cruelle qui lui est imposée d'avoir recours chaque jour aux conseils, aux ordres de celui qu'elle méprise; ces relations d'affaires lui deviennent odieuses et peuvent susciter mille tracasseries. Pourquoi ne pas accorder aux tribunaux le droit de relever la femme d'une autorité que le mari est indigne d'exercer, si elle donne par ses antécédents des garanties qu'elle n'abusera pas de sa liberté? Il faut, comme le faisait le parlement de Dijon en cas de séparation de biens, rendre à la femme l'exercice d'une capacité que suspend le mariage. C'est alors que la séparation de corps deviendra une institution vraiment utile en affranchissant la femme de soupçons injurieux et d'une dépendance qui lui inspire de monstrueux désirs; car la femme séparée portant toutes les chaînes du despotisme marital, sans l'affection qui en modifie les aspérités, et sans cette souveraineté secrète et insensible que la femme exerce par le cœur dans les mille détails de la vie quotidienne comme dans les affaires les plus importantes, aspire à la délivrance, c'est-à-dire au veuvage. C'est la loi qu'il faut accuser. La veuve n'obtient-elle pas de notre législation les priviléges de l'homme lui-même? Mère, elle est tutrice; femme, elle est indépendante; elle a pouvoir sur elle et sur les autres. Donnons-lui les mêmes droits quant à ses biens; les tribunaux garantiront les priviléges de l'autorité maritale en n'accordant qu'exceptionnellement cette faveur à la femme.

Je ne discuterai pas toutes les questions que les textes de la séparation de biens ont fait surgir; elles n'appartiennent plus aussi spécialement à mon sujet. Je signalerai toutefois en courant quelques améliorations. Il faudrait déclarer que la femme ne pourra disposer de son mobilier que pour des actes d'administration; car depuis que les fortunes mobilières ont pris tant d'importance, il est irrationnel de soumettre la femme à l'autorisation maritale pour la moindre aliénation immobilière, et de lui laisser la libre disposition de capitaux considérables qu'elle aurait retirés de la communauté. Il faudrait restreindre

le pouvoir de la femme en ce sens qu'elle ne pourrait employer ses capitaux sans l'assistance et le consentement du mari, dans la crainte qu'elle ne les dissipe ou ne les livre aux chances de l'agiotage; car la prohibition d'aliéner le mobilier est une lettre morte si, avant que le mari ait pu suivre la trace des capitaux, ils sont engloutis dans un coup de bourse. C'est bouleverser, me dira-t-on, tous les principes établis. Qu'importe! si l'on veut protéger la fortune mobilière, et il y a urgence à le faire, il faut resserrer les mailles du réseau pour que les capitaux ne glissent pas à travers.

Il faut garantir la femme contre une trop grande facilité à consentir la subrogation à son hypothèque légale, car elle peut subir la pression des tiers et celle de son mari. C'est à l'approbation de la justice qu'il faudrait recourir. On a proposé de n'autoriser la renonciation que lorsqu'elle serait l'accessoire d'une obligation contractée par la femme, afin qu'elle n'abandonnât les garanties données par la loi que lorsque son intérêt serait réellement engagé; mais il y aurait alors ce nouveau danger que le mari et les tiers s'entendraient pour lui faire contracter une obligation de garantie. Les formalités exigées pour la réduction de l'hypothèque légale en faveur du mari par les articles 2144 et 2145 me paraîtraient devoir être suivies.

Des effets de la séparation de corps et de biens sous le régime dotal. — Lorsque l'emploi des sommes dotales avait été imposé au mari par le contrat de mariage, il n'est pas douteux que la femme n'y soit pareillement assujettie, puisqu'elle succède à son administration; mais il est admis aussi qu'elle en est affranchie quand cette condition n'est pas écrite. Ce point devrait être l'objet d'une réforme. Il est inutile de démontrer que la famille est désarmée contre l'aliénation ou la dissipation de la dot mobilière. Guidée le plus souvent par l'amour maternel, la femme emploiera tous ses soins, toute son intelligence à la conservation de ce patrimoine sacré; mais n'y aura-t-il pas des exceptions? Lorsqu'elle a réclamé l'administration de sa dot parce qu'elle était exposée par suite de l'imprudence de son mari, il est naturel de supposer qu'elle cherchera à conjurer les périls qui l'ont menacée, et que séparée principalement de biens elle opposera une sage résistance aux volontés de son époux. Mais lorsqu'elle est saisie de cette administration par sa propre inconduite, parce que la séparation de corps

a brisé la société conjugale, peut-on espérer qu'elle ne fera pas servir à la ruine de ses enfants la liberté conquise par un délit? Je cherche en vain des garanties morales!... Sa raison l'a abandonnée, puisqu'elle a violé les devoirs d'obéissance, de respect ou de fidélité; l'amour maternel, elle l'a méconnu, puisqu'elle a sacrifié à de misérables passions l'intérêt de ses enfants. Entre les mains d'une mère coupable, la dot est donc en péril, car la séparation de corps telle qu'elle est actuellement organisée la lui livre sans tenir compte de son indignité. Voilà l'inconvénient qu'il y a à assimiler toujours la femme séparée de biens et réclamant protection à la femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée. Qu'on lui rende ses paraphernaux, soit; mais la dot n'est plus à elle seule : c'est sur la foi de sa conservation que le mariage a été contracté, que le mari a fondé ses espérances pour élever ses enfants et leur donner un établissement honorable. Les crimes ou les fautes de sa compagne viennent de le dépouiller, comme s'il était lui-même coupable, et vous ne voudriez pas qu'il ait toujours la main tendue, prête à retenir les capitaux! Pourquoi toutes ces précautions contre la gestion du mari? pourquoi ces entraves aux aliénations les plus légitimes, qui font du régime dotal un cercle de fer si souvent maudit par les pères de famille les plus sensés et les plus dévoués, s'il suffit d'un jour pour rendre illusoires les peines et les privations de vingt années? Il y a là une contradiction qu'il faut faire cesser, ou bien il faut supprimer la dotalité avec toutes ses chaînes. Il importe, en résumé, d'établir des sûretés contre la dissipation de la dot mobilière, toutes les fois que la séparation de biens existe, afin que l'administration de la femme ne soit pas cent fois plus périlleuse que celle du mari; mais il importe surtout que l'on désarme la femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée. A elle seule j'appliquerais l'article 143 du Code de Sardaigne, qui retire à la femme séparée l'administration de la dot; cette déchéance ne doit frapper que celle qui a encouru une indignité.

Article 60. La femme séparée de corps reprend la libre administration de ses biens; elle peut aliéner son mobilier pour obéir aux exigences de cette administration. Elle ne peut disposer de ses immeubles sans le consentement de son mari ou sans y être autorisée de justice à son refus, par donation entre-

vifs, par aliénation directe, ou par des engagements contractés même pour les besoins de son administration.

Article 61. Le mari est responsable du défaut d'emploi des reprises mobilières que la femme obtient par la liquidation, quel que soit le régime qui règle les droits des époux.

Il est également responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné de son consentement, qu'il ait ou non assisté à la vente.

Lorsqu'il aura refusé son consentement, le jugement qui autorisera l'aliénation soumettra les tiers à l'obligation de veiller à l'emploi. Le mari sera en outre responsable s'il est présent à l'acte.

Article 62. Le mari, dans tous ces cas, n'est pas responsable de l'utilité de l'emploi ; mais il pourra demander aux tribunaux des mesures conservatoires si la femme réalise ses capitaux sans leur donner une destination utile, ou si elle détourne les revenus affectés à l'entretien de la famille.

Article 63. La femme ne pourra consentir la subrogation d'un tiers à son hypothèque légale sans remplir les formalités des articles 2144 et 2145 du Code Napoléon.

Article 64. Pourra néanmoins le tribunal déclarer que la femme contre laquelle est prononcée la séparation de corps ne reprendra pas l'administration de sa dot, qu'elle soit mobilière ou immobilière ; il pourra fixer la pension nécessaire à la femme.

Article 65. Pourra aussi le tribunal relever la femme séparée de corps de l'autorisation maritale, pour tous les cas où elle y est soumise par la loi, ou restreindre cette autorisation à certains cas déterminés et lui conférer un droit absolu sur les biens comme si elle n'était pas mariée, sans préjudice toutefois des règles édictées au livre III, titre 5, chapitre 3 du Code Napoléon sur le régime dotal.

CHAPITRE VI.

CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS.

SECTION Ire.

De la séparation temporaire.

Dans l'ancienne jurisprudence, il n'était pas sans exemple de voir prononcer des séparations à temps. Un arrêt du 14 juin 1580 rapporté par Papon, livre V, titre 1, n° 11, limite à cinq ans une séparation qu'il ordonne pour cause de mal vénérien dont le mari était attaqué pour la seconde fois. Boniface, tome IV, livre V, titre 18, chapitre 1, rapporte un arrêt du parlement d'Aix, du 28 mai 1670, qui sépare deux époux pour trois ans. — Ces sortes de jugements, dit Merlin, sont plutôt des épreuves que des séparations proprement dites.

Le Code Napoléon a supprimé les séparations à temps : je ne puis en effet donner ce nom à l'année d'épreuve qui pouvait être imposée aux époux avant d'admettre le divorce ni à la séparation de corps que le défendeur pouvait, après trois ans, convertir en divorce si son conjoint ne consentait pas au rétablissement de la vie commune ; rien n'indique dans les procès-verbaux du Conseil d'État la pensée de réduire la durée de la séparation afin de réconcilier légalement les époux.

Plusieurs jurisconsultes ont émis le vœu que les séparations à temps fussent rétablies ; nous nous empressons de citer leur opinion pour donner quelque valeur à la nôtre. « Il serait inutile « de statuer, dit M. Massol, p. 358, que la durée de la séparation serait limitée à un certain temps. C'était le but que le « législateur s'était proposé dans l'article 310, mais les dispositions de cet article étaient défectueuses ; elles ont été d'ailleurs « abrogées ; il y a une lacune à remplir. »

« Ne serait-il pas utile, dit M. Demolombe, de rétablir ces « sortes de séparations temporaires ? On pourrait craindre, je « le sais, de les rendre trop fréquentes et de porter atteinte au « lien du mariage et à l'esprit de famille déjà par malheur si « affaibli parmi nous ; mais qui ne sait combien de ménages « sont momentanément troublés par des causes assez graves « pour que l'époux offensé ne puisse pas dévorer l'injure encore « toute vive ! Combien d'autres ne sont qu'une suite de querelles

« et de rixes intolérables, sans qu'il y ait pourtant au fond de « tout cela de cause véritablement irrémédiable! Est-ce qu'on « n'aurait pas pu autoriser les magistrats à prononcer une sorte « de trêve, par mesure je dirai presque de haute police? Et ne « serait-il pas vrai que pour n'avoir pas voulu de séparations « provisoires, on a augmenté considérablement le nombre des « séparations définitives? (P. 590, t. IV).

Est-il vrai qu'une limite apportée à la durée de la séparation de corps offrirait le danger de rendre trop nombreuses les séparations et compromettrait le lien du mariage? Le contraire me semble plus vrai; la séparation une fois organisée sévèrement quant aux causes qui peuvent la faire obtenir, les séparations temporaires ne peuvent être qu'un bienfait; il ne faut pas craindre que les magistrats ne séparent par faiblesse et imprudence des époux qui ne seraient divisés que par des griefs sans importance, sous prétexte qu'après quelques années d'épreuve ils seront contraints de retourner l'un à l'autre. Les magistrats comprennent trop l'importance de leur mission et les conséquences que peuvent avoir plusieurs années de séparation; quelle que soit la durée de l'éloignement, le mariage est ébranlé, les affections et les intérêts sont en souffrance. Si la loi nouvelle accueillait cette réforme, elle aurait, nous croyons, un résultat infaillible; c'est que les époux qui n'auraient à se reprocher que des torts légers renonceraient à recourir aux tribunaux, dans la prévision d'une séparation purement temporaire et des embarras qu'elle entraîne. Dans le premier mouvement d'irritation, ils songent à une séparation éternelle, parce que le pardon leur paraît impossible; mais il sera entrevu et peut-être accordé si la loi l'impose. Peut-être les séparations de fait augmenteront-elles dans une proportion légère, parce que quelques-uns préféreront s'éloigner volontairement que de s'exposer à des débats publics et être contraints plus tard de reprendre la vie commune; mais entre deux maux, il faut choisir le moindre.

Est-il nécessaire de justifier le droit que nous sollicitons pour les magistrats d'imposer aux époux le pardon des offenses après un certain délai? Mille considérations viendront à notre secours. Souvent la réconciliation trouve un obstacle dans l'amour-propre des époux; ni l'un ni l'autre ne veulent faire le premier pas : le demandeur parce qu'il a été offensé, le défendeur parce

qu'il considère comme une offense la séparation de corps qu'on a fait prononcer contre lui. Il faut qu'un ami commun unisse leurs mains comme au jour de la bénédiction nuptiale. Cet ami sera la loi. Et en effet, puisqu'elle a le pouvoir de détendre le lien, de déclarer que la vie commune est insupportable, pourquoi ne déclarerait-elle pas qu'après une trêve l'offense est effacée, que l'obligation de la vie commune un instant suspendue doit reprendre son empire ?

Dans la loi actuelle, les conséquences de la séparation sont trop rigoureuses en ce que le défendeur peut se prévaloir toujours du jugement pour refuser le pardon que lui offre son conjoint. Plusieurs jurisconsultes ont soutenu, il est vrai, que celui qui a obtenu le jugement a le droit de renoncer à ses dispositions en notifiant à son conjoint qu'il veut se réunir à lui ; mais cette opinion n'est pas fondée, car la décision judiciaire crée un véritable contrat entre les époux, et l'état personnel est modifié jusqu'à ce que leur consentement mutuel brise ce contrat. Le défendeur ne doit pas être livré d'ailleurs au caprice de son conjoint ; toutefois on ne saurait nier qu'il y ait une sorte d'immoralité à le voir se targuer de ses torts et de la liberté qu'ils lui ont valu pour repousser indéfiniment un pardon généreux et les obligations sacrées du mariage. La loi supprime tout caprice et tout arbitraire en mettant elle-même un terme à cette liberté ; il ne faut pas que l'expiation de l'époux coupable soit convertie en châtiment pour l'autre.

La société est intéressée à ce que deux êtres créés pour vivre ensemble ne restent pas isolés au delà du temps nécessaire pour calmer leur irritation. L'isolement est funeste à tous deux, car leur cœur vide d'affection cherchera un aliment dans les passions illégitimes. Elle est également intéressée à ce que les enfants ne restent pas dans l'abandon partiel où les laisse la séparation. « Malheur à l'enfant, dit un romancier moderne, sur le front de qui l'on peut distinguer les baisers de son père de ceux de sa mère ! »

La séparation temporaire ne sera prononcée que pour les causes les moins graves. On ne peut établir de règle à cet égard ; la sagesse des magistrats suppléera à l'insuffisance de la loi sur ce point comme sur tant d'autres.

Il arrivera quelquefois que les époux ne voudront pas se réunir, lorsque le délai fixé par le tribunal sera expiré ; faut-il

leur laisser la faculté de continuer la séparation ou les contraindre à reprendre la vie commune? La décision serait illusoire si elle pouvait n'être pas exécutée. La volonté de l'une des deux parties suffira pour provoquer le rapprochement, car, si toutes deux consentaient à la séparation de fait, la loi n'aurait pas à s'en préoccuper; mais la convention qui interviendrait entre les époux ne serait pas obligatoire; il faut en un mot appliquer les principes précédemment exposés, car par l'expiration du terme les époux sont remis dans la même situation qu'avant la séparation.

Si la femme refuse de revenir dans le domicile conjugal, le mari pourra l'y contraindre par les mesures de rigueur autorisées par la jurisprudence ou demander contre elle la séparation définitive en se fondant sur ce refus. La femme, elle, n'aura que ce dernier moyen si son mari refuse de la recevoir, puisque (nouvelle injustice de la loi!) elle ne peut se faire ouvrir les portes du domicile conjugal, tandis que son mari peut l'y faire traîner par les gendarmes.

La séparation définitive a l'inconvénient grave d'inspirer aux époux la pensée qu'ils deviennent désormais, et pour toute leur vie, étrangers l'un à l'autre, surtout lorsqu'ils n'ont pas d'enfants. Il en résulte chez l'un et l'autre une liberté d'allures fort regrettable et une conduite souvent fort immorale. Le remède apporté par la loi sur le désaveu (1850) est trop violent pour qu'on ne le considère pas comme exceptionnel. C'est une arme terrible qu'il fallait mettre à la disposition du mari pour prévenir les crimes de la femme séparée, qui rejetterait toute pudeur. Mais l'inconduite de la femme peut ne pas se révéler par des signes aussi éclatants que la grossesse, il lui faut un frein; peut-être je m'abuse, mais pour certaines femmes la séparation temporaire suffira, et sera à ce point de vue d'une haute moralité. Si les causes de la séparation ne sont pas de nature à creuser entre les époux un abîme infranchissable, la femme qui aura l'espérance de revenir auprès de son époux, après un délai légal, témoignera de son désir par une conduite exemplaire. Si les torts ont été de son côté, elle essayera de les faire oublier pour être sûre d'être reçue au domicile conjugal. Lui-même surveillera avec plus d'intérêt la conduite de sa femme, pour être certain, à l'expiration du délai, qu'elle est digne de la réconciliation exigée par la loi, ou pour avoir la preuve de griefs

nouveaux qui l'autoriseraient à demander une séparation définitive. — Si les torts viennent du mari, la femme sera plus facilement retenue dans le devoir par la pensée que sa liberté n'est pas définitive. Enfin les deux époux s'observeront réciproquement, et leur conduite ne pourra qu'y gagner; peut-être même cette émulation leur fera-t-elle devancer le jour de la réconciliation. Cette réconciliation sera dans certains cas d'autant plus facile que l'époux demandeur n'aura conclu qu'à une séparation temporaire, manifestant ainsi l'espérance de l'amendement prochain de son conjoint.

Les effets de la séparation temporaire doivent-ils être les mêmes que ceux de la séparation définitive? Je ne le pense pas, puisqu'elle est fondée sur l'espoir d'une réconciliation. Il faut, d'ailleurs, supprimer toutes les causes d'irritation que la séparation définitive crée forcément entre les époux. Tout doit être provisoire, tout doit leur rappeler la réunion à laquelle ils devront se soumettre pour obéir aux lois sociales, dans l'intérêt de l'ordre public et dans celui de leurs enfants. Les intérêts ne seront pas divisés, les déchéances seront suspendues, l'habitation seule sera distincte. Ainsi chaque jour sera propice à une réconciliation; les époux n'auront qu'à se tendre la main, car rien, pour ainsi dire, n'aura été changé dans leur existence. Ce sera un temps d'épreuve, comme le disait Merlin, plutôt qu'une séparation.

La séparation de biens ne résultera pas de la séparation temporaire. Le tribunal fixera la somme que le mari devra payer à sa femme pour subvenir à ses dépenses. Ce système est simple, c'est celui qui a été adopté par le canton de Fribourg. S'il y avait danger pour la femme à laisser au mari la jouissance de ses biens, elle demanderait principalement la séparation de biens, ou même, sans faire pour cela une action spéciale, elle y conclurait dans la demande en séparation de corps, et le tribunal pourrait l'ordonner. Ce système fortifierait l'invalidité des actes d'administration faits par la femme pendant l'instance, sans autorisation du mari, comme nous l'avons demandé, puisque aux chances de rejet de la séparation de corps se joignent celles de l'adoption de la séparation temporaire qui ne dépouille pas le mari de ses droits.

La séparation temporaire cessera de plein droit par l'expiration du délai fixé par le tribunal. Quant au rétablissement de

la communauté, lorsque la séparation de biens aura été accordée à la femme, on appliquera les dispositions de la section suivante.

Il paraît difficile d'établir pour la séparation temporaire un délai moindre de deux années. Le restreindre aurait l'inconvénient de ne pas laisser aux époux le temps d'oublier leurs torts. Il n'y en a pas à l'élever à deux années, parce qu'ils auront la faculté de l'abréger. Le tribunal pourrait le prolonger jusqu'à cinq ans. Mais lorsque les époux formeront une seconde demande en séparation de corps, la séparation sera illimitée, parce qu'ils se sont rendus indignes des faveurs attachées à la séparation temporaire. Il ne faut pas qu'ils puissent se faire un jeu d'une institution sérieuse.

Article 66. Le tribunal pourra prononcer la séparation à terme, depuis deux ans jusqu'à cinq ans. Il ne résultera de la séparation temporaire aucune déchéance contre les époux. Le mari conservera tous ses droits sur les biens et payera à sa femme la somme que le tribunal fixera pour fournir à ses dépenses.

Article 67. Le tribunal pourra, toutefois, ordonner que la séparation de corps emportera séparation de biens.

Article. 68. La séparation temporaire cessera de plein droit par l'expiration du terme. Les époux ne pourront être dispensés de l'obligation de la vie commune que par un nouveau jugement : la séparation de corps sera alors prononcée définitivement.

SECTION II.

Cessation de la séparation définitive par le consentement mutuel des époux.

La séparation définitive ne doit cesser que par la volonté des deux époux. De nombreux auteurs ont décidé cependant qu'il est permis à celui qui l'a provoquée de la faire cesser, en notifiant à l'autre époux l'intention où il est de se réunir à lui. J'ai déjà repoussé cette doctrine, en avouant qu'il est regrettable de permettre au défendeur, d'une manière absolue, de se prévaloir de la sentence qui proclame son indignité, pour rester, malgré le pardon de l'offensé, dans une situation irrégulière. Mais je ne puis admettre qu'un tempérament à la rigueur du

contrat judiciaire, c'est celui que la loi proclamerait elle-même en ne déliant les époux de l'habitation commune que pendant un délai déterminé. N'oublions pas, en effet, que l'époux condamné a été flétri devant l'opinion publique, qu'il a souffert une injure grave en n'obtenant pas le pardon qu'il sollicitait encore devant ses juges. Il faut tenir compte des sentiments humains pour ne pas faire des lois impossibles à mettre à exécution. Plus l'époux condamné se sera défendu énergiquement, plus il aura supplié son conjoint de ne pas exposer ses turpitudes au grand jour, et plus son cœur sera ulcéré si ses protestations et ses supplications ont été vaines. Le livrer alors à la volonté de son conjoint, le forcer à renouer des liens qu'hier on proclamait à jamais odieux, le contraindre à s'asseoir au foyer d'où on l'a chassé violemment et sans crainte du scandale, ce serait l'exposer à se mettre en rébellion avec la loi et amasser dans son cœur des haines que le crime peut-être pourrait seul assouvir. Non, la séparation est devenue un droit pour les deux époux; la réconciliation seule est un signe qu'ils en ont fait abandon.

Les rédacteurs du projet de loi de 1816 exigeaient comme preuve de la réconciliation le rétablissement notoire de l'habitation commune ou une déclaration écrite des époux manifestant leur volonté de se réunir. Cette disposition me paraît empreinte d'une grande sagesse, malgré les critiques dont elle a été l'objet.

La simple réconciliation ne doit pas, selon nous, donner lieu à la cessation de la séparation de corps, si elle peut être contestée; il faut que l'intention des époux de revenir à la vie commune soit certaine. Ne serait-il pas immoral d'entendre les tribunaux retentir de discussions à ce sujet? Eh quoi! la femme dirait qu'il y a eu réunion avec son époux, celui-ci nierait cette réconciliation passagère et lui ferait regretter la confiance avec laquelle elle l'avait accueilli. Mais non-seulement il y a un intérêt moral, mais il y a encore nécessité absolue de prévenir ces réunions furtives qui peuvent être désavouées et livrées aux chances incertaines d'une preuve testimoniale; il faut que la présomption de paternité ne puisse plus être combattue par le désaveu, c'est-à-dire qu'elle règne avec toute son ancienne rigueur. Mais il faut marquer le point de départ de cette existence nouvelle; c'est un moyen de prévenir la femme contre une surprise

et un désaveu; elle ne cédera aux exigences de son époux qu'en reprenant dans la maison conjugale, au grand jour, les prérogatives attachées à son titre. Le rétablissement notoire de la vie commune est seul moral et seul digne de nos lois; c'est faire descendre l'épouse au rang d'une concubine que de la soumettre à prouver les visites nocturnes que son mari sera venu faire dans son habitation séparée. Songez, en outre, aux mille nuances qui pourront exister dans les faits dont on voudra induire une réconciliation; nous ne voulons pas entraver celle-ci, mais la rendre certaine et proscrire ces réunions passagères qui n'amèneraient que scandale et incertitude sur la filiation des enfants. Cette disposition du projet de 1816 était seule en harmonie avec la suspension de la présomption de paternité.

Lorsque les époux voudront constater leur consentement par écrit, il est inutile d'exiger l'authenticité, car celui qui pourra se prévaloir d'un acte sous seing privé s'empressera de le montrer si la réconciliation dont il réclame le bénéfice est contestée.

Article 69. La réconciliation constatée par le notoire rétablissement de l'habitation commune ou par un acte authentique ou sous seing privé fera cesser de plein droit la séparation de corps, quelle qu'en soit la cause.

Des effets de la cessation de la séparation de corps relativement aux personnes.

La réconciliation des époux fait revivre dans leur intégrité tous les droits de la puissance paternelle et anéantit toutes les modifications qu'elle avait subies, soit quant à la déchéance de l'usufruit légal, soit quant à la garde des enfants. Le passé est oublié; la maison conjugale est ouverte de nouveau à tous les membres de la famille comme si l'orage ne les avait pas dispersés. Si le tiers auquel une décision judiciaire avait confié les enfants ne consentait pas à les rendre au père, celui-ci pourrait obtenir une ordonnance sur référé ou un jugement du tribunal.

Des effets de la cessation de la séparation de biens relativement aux biens.

Le rétablissement notoire de la vie commune et un acte sous seing privé, s'ils suffisent pour constater la réconciliation des

époux et pour rétablir leur statut personnel dans son intégrité comme avant la séparation de corps, ne suffiraient pas pour le rétablissement de la communauté; leur intention à cet égard doit être formelle et solennelle, afin d'éviter toute fraude au préjudice des tiers. Comme la séparation de biens a modifié profondément leurs conventions matrimoniales, il faut leur laisser la liberté absolue de les rétablir ou de rester dans cette nouvelle situation, afin que le désir de conserver l'administration séparée de leurs biens ne soit pas un obstacle à la réconciliation. L'acte doit être authentique comme l'exige l'article 1451, et cela même dans le cas où la séparation de biens n'aurait pas été exécutée. La publication de cet acte doit être faite conformément aux prescriptions des articles 1451, 1445 du Code Napoléon et 872 du Code de procédure. (V. la discussion de M. Dutruc, qui repousse l'opinion contraire de la Cour de cassation.) Les rédacteurs du projet de 1816 n'ont paru admettre aucune restriction sur ce point.

Je ne m'arrête pas à déduire les conséquences de l'article 1451, la jurisprudence est fort claire là-dessus.

Le retour aux conventions matrimoniales est toujours vu favorablement par la loi, parce qu'il est une preuve de la sincérité de la réconciliation. Lors donc que les époux l'auront stipulé, tous les avantages stipulés dans le contrat de mariage revivront avec leur caractère primitif, sans qu'il soit nécessaire de les renouveler dans un acte spécial.

Il est une opinion émise unanimement par les jurisconsultes et qu'il faudrait détruire par un acte précis. Elle est relative à l'assistance des ascendans ou du conseil de famille de la femme mineure dans l'acte de rétablissement des statuts matrimoniaux; on l'en dispense parce qu'il serait étrange de la soumettre à ce consentement quand il ne s'agit que de rentrer dans une situation antérieure et parfaitement connue, et qu'il faut à tout prix favoriser la réconciliation. — La loi doit favoriser le rétablissement des conventions matrimoniales, je le reconnais; mais si, pendant la séparation de corps, elles ont reçu atteinte au point que ce rétablissement soit préjudiciable à la femme, ne faut-il pas la préserver contre l'influence de son mari, contre son inexpérience et le désir bien naturel de donner des gages irrécusables de sa sincérité? Je suppose que la séparation de corps ait été prononcée contre les deux époux et que la ré-

vocation de tous les avantages matrimoniaux ait eu lieu; le mari aura aliéné l'immeuble dont il avait fait donation à sa femme, tandis que celle-ci aura conservé ceux dont elle s'était dépouillée en sa faveur. N'y aurait-il pas quelque danger à laisser la femme mineure rétablir des conventions matrimoniales qui ne peuvent plus être exécutées que dans les dispositions qui lui sont préjudiciables? Je comprends l'absence des ascendants lorsque la séparation de biens que l'ont veut effacer avait été accordée à cause du péril de la dot; rien désormais n'excite la femme à rétablir des conventions qui lui seraient onéreuses. Ici la situation est bien différente : la femme est entraînée par les inspirations de son cœur, il est à craindre qu'elle ne sacrifie ses intérêts à une réconciliation qui fera son bonheur.

J'ai ébauché rapidement un projet de loi ; je ne prétends pas avoir inventé des dispositions nouvelles; je les ai puisées dans la jurisprudence ancienne ou nouvelle, dans le projet de 1816 ou dans les législations étrangères. Puissent-elles amener une discussion, et de tous côtés surgiront des auxiliaires plus utiles que moi aux législateurs de la séparation de corps.

P. BERNARD.

RECHERCHES SUR LA MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION.

Par M. Georges Picot, avocat à la Cour impériale.

PREMIER ARTICLE.

Depuis la promulgation du Code d'instruction criminelle, des philosophes célèbres, des hommes d'État et des jurisconsultes éminents ont répandu et fait germer dans les esprits, avec l'autorité du talent, quelques vérités fondamentales inconciliables avec les vestiges encore mal effacés de l'ancienne procédure criminelle. Grace à leurs féconds enseignements, nous avons appris que toute loi pénale, pour approcher de la perfection, devait réunir en elle plusieurs éléments précis; que la protection des intérêts généraux et le respect des droits in-

dividuels, tempérés dans leur application par les principes éternels de la justice, étaient les caractères nécessaires de toute législation équitable. Ils nous ont enfin démontré que pour fuir avec un soin égal les résultats excessifs et dangereux du besoin d'ordre et du besoin de liberté, il fallait consulter une justice supérieure qui pouvait seule maintenir ces deux forces en un permanent équilibre et mettre en harmonie leur action.

C'est à l'aide de ces principes, aujourd'hui la base de tout examen du droit pénal, que nous essayons d'étudier une des lois qui s'occupent des garanties individuelles.

Un grand écrivain, exposant les conditions de la liberté des citoyens, affirmait qu'elle dépendait des lois criminelles [1]. Depuis un siècle, bien des constitutions se sont élevées, bien des lois ont été faites, et malgré une si profonde transformation, la réflexion de Montesquieu est toujours vraie, parce qu'elle constate un fait permanent de notre ordre social.

En effet, le danger que court la liberté dans les accusations criminelles a de tout temps menacé le citoyen et sera toujours suspendu sur sa tête, car la cause de ce péril n'est pas dans le vice de la loi, mais dans les lacunes de notre esprit. L'intelligence humaine est imparfaite, et jamais le discernement du bien et du mal, de l'innocent et du coupable, ne sera pour elle instantané et certain. Il y aura toujours, quelles que soient le formes judiciaires, une période de doute, un moment d'incertitude où notre aveuglement naturel confondra dans une même prison, rapprochera sur un même banc l'honnête homme et le coupable.

C'est là un mal nécessaire qu'aucune législation n'a effacé, mais dont quelques-unes se sont efforcées d'atténuer les dangers. Tel est le but vers lequel doivent tendre nos efforts et nos recherches.

Pour abréger le contact du criminel et de l'innocent, deux moyens existent : 1° l'abréviation de la procédure et par suite de la détention préalable [2]; 2° la mise en liberté provisoire sous caution qui forme l'objet de ce travail.

De ces réformes la fortune a été bien diverse; tandis que l'une

[1] *Esp. des lois*, XII, 2.

[2] V. à ce sujet le discours prononcé le 4 novembre 1860, à la rentrée de la Cour de Lyon, par M. de Lagrévol, substitut du procureur général.

était approuvée de tous, l'autre sans cesse discutée, attaquée et défendue avec passion paraissait à beaucoup d'esprits sérieux un rêve impraticable, une utopie également subversive de l'ordre social et de la justice.

Nous le proclamons dès le début : nous voulons moins que personne ralentir la marche de la justice ni diminuer son action répressive.

Nous sommes persuadé qu'en croyant servir la liberté, les hommes qui ont attaqué sans mesure le principe d'autorité parmi nous ont nui plus que tous autres à sa cause. Ce sont deux alliées qui doivent marcher d'un pas égal et se soutenir mutuellement. On ne peut leur porter un coup plus funeste que de les armer l'une contre l'autre. C'est pour avoir méconnu l'union nécessaire de ces deux forces réglées par la justice que les uns follement épris du respect dû aux droits individuels, ont nié ceux de la société, et que les autres ont cru l'exagération du pouvoir nécessaire au maintien de l'ordre.

Nous espérons montrer, en répudiant toute alliance avec ces théoriciens exagérés, défenseurs insensés du despotisme ou de la licence, que la liberté sous caution est une de ces réformes dictées par une sage modération, qui, loin d'affaiblir l'autorité judiciaire, l'assurerait en rendant son action plus conforme aux principes d'équité.

Jetons les yeux autour de nous et voyons rapidement quelle serait son action : un délit a été commis; des soupçons pèsent sur un homme, on le retranche momentanément de la société; on le prive de sa liberté; on le traite provisoirement comme un criminel convaincu; l'incertitude des jugements humains, la présomption arbitraire qui l'a livré, tout est oublié; sur un indice on le punit; on porte atteinte à son crédit, on flétrit son honneur, puis la tache imprimée sur son front, on recherche s'il est coupable. Si plus tard, après de patientes investigations, les juges l'acquittent, si son innocence est reconnue, si cette peine dont notre erreur l'a frappé il ne la méritait pas, comment réparer le mal et quels remords ne nous inspirera pas la conscience, cette interprète intime de la justice divine.

Au lieu de cela un homme est amené devant le magistrat : aucun antécédent ne le signale à la rigueur des lois, il a un domicile connu, des charges pèsent sur lui, mais nulle certitude ne l'accable; il offre une somme d'argent proportionnée

aux chances de fuite, ou bien un maître, un ami se présente, le reconnaît, jure qu'il se présentera devant le tribunal et alors la justice, avouant son doute, laisse cet homme en liberté jusqu'au jour où elle pourra affirmer qu'il est réellement coupable; elle n'abandonne pas ses droits, elle suspend son arrêt. C'est un lien moral qui se substitue au lien physique : ce ne sont plus des chaînes qui retiennent l'accusé, c'est l'attachement au foyer domestique, c'est le sentiment de la propriété, l'influence d'un ami, l'honneur de sa parole donnée qui le rappellent au pied du tribunal.

Tant de preuves sont-elles insuffisantes? Nous rappelle-t-on qu'en pareille matière, il faut fuir l'abus de la théorie, que sans le salutaire contre-poids de l'expérience, elle conduit à de faux systèmes? Nous montrons alors dans la caution déposée une garantie qu'aucune législation n'a méconnue : dans tous les pays, presque à toutes les époques, qu'on aille sur le forum écouter la grande voix des orateurs romains, qu'on lise les lois de l'empire qui s'écroule, qu'on retrouve les coutumes des Barbares qui l'envahissent, qu'on pénètre dans la société du moyen âge, et qu'on observe les usages de quelques nations voisines, partout on verra les cautions offrir la liberté aux accusés et protéger l'innocent contre les soupçons de l'erreur. D'une telle unanimité de tous les temps et de tous les hommes doit ressortir un grand exemple : après la justice et la raison, le guide le plus sûr de nos actions est l'enseignement de nos devanciers qui résume l'expérience des âges : un précédent isolé n'a aucune force, mais appuyé sur les plus anciens textes, consacré par le temps, il acquiert droit au respect et la raison humaine grandit en s'inclinant devant la tradition.

Essayons donc de rassembler les vestiges épars d'un droit qui protége depuis si longtemps et malgré tant d'épreuves la liberté individuelle. Nulle étude ne nous fera mieux sentir les bienfaits et les lacunes de la loi actuelle, les écueils à éviter et les espérances à concevoir.

Athènes.

Si nous voulons remonter jusqu'à la source de notre droit, c'est la législation attique qu'il nous faut dès le début interroger.

Nous trouverons dans ses plus anciens monuments des textes

qui nous prouveront d'une manière certaine que la mise en liberté sous caution des accusés était de droit commun à Athènes. Deux causes devaient nécessairement amener ce résultat : la nature des peines et la forme des accusations. En effet, nous remarquons que l'emprisonnement était à peine connu comme peine distincte. Ayant servi rarement de contrainte pour arriver au payement des dettes envers la république, l'imperfection des moyens de détention et l'effroi que causait à un peuple libre la privation même momentanée de la liberté avaient suffi pour faire repousser cette forme, si fréquente chez les modernes et si rare chez les peuples les plus civilisés de l'antiquité. Il faut considérer ensuite qu'à Athènes régnait la coutume des accutions privées. Où nous verrons par des exemples nombreux combien il est rare que la liberté des accusés n'accompagne pas cette procédure. Sous cette forme la liberté préalable est la seule garantie de l'égalité devant la loi. Si l'on envisage une instance criminelle comme constituant une lutte entre deux intérêts privés, on est conduit naturellement à introduire la plupart des règles usitées pour les causes civiles. Renfermer l'accusé et laisser libre l'accusateur, c'est blesser tout sentiment de justice, c'est se faire le complice de la partie qui poursuit et désarmer à son profit celle dont le danger est le plus grand. Des lois et des mœurs athéniennes, nous pourrions donc induire que la liberté des accusés devait exister. Démosthène nous l'apprend en effet, et dans son discours contre Timocrate, nous voyons que jamais on ne retenait en prison l'accusé qui trouvait trois citoyens répondant de sa comparution en justice : il devait présenter à l'agrément du juge de bonnes cautions du même cens que lui [1], qui s'engageaient à le représenter à toute réquisition. Démosthène nous rapporte qu'un des principaux motifs de cette loi était la crainte que l'isolement de l'accusé dans la prison et son abattement n'affaiblissent sa défense.

C'était seulement quand il ne voulait ou ne pouvait fournir caution que les magistrats s'assuraient de sa personne et le faisaient garder jusqu'au jour du jugement [2].

[1] « Jus ne esto senatui Atheniensem civem vincire si vades tres dederit ejusdem censûs, nisi quis ad urbem prodendam aut popularem statum evertendum conspiraverit, aut emptor vectigalium, aut sponsor, aut coactor, pecuniam non numeraverit. » (Demost., *in Timocrat.*) — Samuel Petit, *Leges atticæ*, p. 14.

[2] Platon, *Des lois*, liv. IX.

Les Athéniens attachaient une grande importance aux garanties que leur donnait cette loi : en prenant possession de leurs charges les magistrats juraient de la faire respecter [1], tant ils redoutaient qu'on portât atteinte à la liberté d'un citoyen.

Tel était le droit commun pour la plupart des crimes, mais s'il s'agissait d'une conspiration contre les libertés ou de la détention illégale des deniers publics, la loi se montrait beaucoup plus sévère et la procédure se rapprochait des formes jadis parmi nous : des magistrats chargés des enquêtes poursuivaient au nom de l'État, conduisaient l'instruction, citaient les témoins, mettaient les esclaves à la question : dans ce cas seulement l'emprisonnement avant le jugement était permis par la loi.

Dans toute autre accusation, la liberté des accusés se liait à une antique coutume toujours respectée à Athènes. Tant que les juges n'avaient pas été convoqués pour donner leurs suffrages, l'accusé avait le droit de se soustraire à la condamnation en s'exilant lui-même ; l'accusateur, les juges, nul ne pouvait l'en empêcher [2]. Ceux qui ont fondé cet usage, dit Desmosthène, ont pensé qu'ils adouciraient ainsi l'infortune d'un malheureux sans nuire à la justice. Tel était en effet chez les anciens l'amour de la patrie que l'Athénien coupable, banni de la Grèce, subissait le plus cruel châtiment.

Rome.

A Rome, nous trouvons l'usage des cautions judiciaires sanctionné dès les premiers temps de la république par les décisions des magistrats. Nous ne devons pas ici chercher des lois écrites : elles n'appartiennent qu'à une période plus avancée de la civilisation. Dans toute société qui se fonde, la volonté du chef en qui réside le pouvoir sert de frein à la violence et d'arbitre entre les intérêts lésés. Cependant si aucun texte ne guidait les rois et dans la suite les consuls, il ne faut pas croire que leur autorité s'exerçât sans règles ni limites. C'est l'éternel honneur de l'esprit de justice de s'imposer aux sociétés les plus barbares : chez les Romains, les souvenirs affaiblis, mais encore vivants des règles laissées par Romulus, les usages des races di-

[1] Potter., *Archæol. græc.*, lib. I, cap. 18. — Lois de Solon.
[2] Demost., *in Arist.*, p. 225 *in fine*. — *Des lois.*

verses établies autour d'eux s'unissant à leur principe d'équité naturelle, avaient dicté les décisions des magistrats et du sénat. Une jurisprudence constante avait devancé la loi. C'est ainsi que l'histoire nous offre la trace de certaines coutumes légales qui avaient pénétré dans les mœurs romaines avant même que les décemvirs eussent promulgué les XII Tables. Tel fut le sort des cautions.

Tite-Live nous en rapporte un remarquable exemple vers la fin du IIIe siècle. Rome était livrée aux troubles qui accompagnèrent les lois agraires : les droits étaient méconnus, la force et la licence régnaient seules [1]. Un des tribuns avait porté contre Cæso Quinctius une accusation capitale : celui-ci attendait librement dans Rome le jour du jugement, quand Volscius ameuta contre lui la populace qui demandait à grands cris à se venger. Un tribun ordonne son arrestation : le père de l'accusé s'écrie que lorsqu'un citoyen, sous le poids d'une accusation capitale est à la veille du jugement, on ne peut l'arrêter avant sa condamnation, avant même d'avoir entendu sa défense. Le tribun proteste en vain qu'il ne veut le retenir dans les fers que pour garantir sa représentation et pour que le peuple romain ait la certitude qu'un meurtrier subira le dernier supplice; les autres tribuns interviennent, s'opposent à l'emprisonnement et ordonnent qu'une caution pécuniaire répondra au peuple de sa comparution. Dans l'incertitude sur la somme, ce fut le sénat qui fixa l'engagement à 3,000 as. Sur la demande de l'accusateur, il y eut dix cautions. En terminant ce curieux récit, Tite-Live a soin d'ajouter que ce fut le premier exemple de cautions dans

[1] « Virginius arripi jubet hominem, et in vincula duci : patricii contra vi resistunt. Titus Quinctius (*Cincinnatus, quelques mois après dictateur*) clamitat. « Cui rei capitalis dies dicta sit, et de quo futurum propediem « judicium eum indemnatum indicta causa non debere violari. » — Tribunus « supplicium negat sumpturum se de indemnato ; servaturum tamen « in vinculis esse ad judicii diem : ut, qui hominem necaverit, de eo sup- « plicii sumendi copia populo romano fiat. » Appellati tribuni medio decreto jus auxilii sui expediunt, in vincula conjici vetant : sisti reum, pecuniamque nisi sistatur populo promitti placere pronuntiant summam pecuniæ quantam æquum esset, promitti, veniebat in dubium; id ad senatum rejicitur. Reus, dum consulerentur Patres, retentus in publico est. Vades dare placuit : unum vadem tribus millibus æris obligârunt. Quot darentur, permissum tribunis est. Decem finierunt; tot vadibus accusator vadatus est reum. Hic primus, vades publicos dedit. » (Liv. III, cap. 13.)

les accusations publiques [1]. Sorti de la procédure civile, né dans Rome avant le départ des décemvirs envoyés à Athènes pour en rapporter les lois, cet usage se développa rapidement en dehors de toute influence étrangère : il parut un contre-poids nécessaire de la liberté absolue d'accusation et une précieuse garantie contre les abus des magistrats. On peut voir encore dans le procès d'Appius [2] l'horreur des Romains pour la prison, qui leur rappelait le souvenir odieux des Tarquins.

Alliant à leurs coutumes primitives la sage maturité de la législation attique, n'acceptant que les lois qui ne choquaient pas leurs traditions encore jeunes, mais déjà respectées, les nouveaux législateurs devaient à un double titre fixer dans le droit écrit l'usage de la liberté sous caution. En effet nous trouvons dans un fragment de la seconde table un passage qui s'applique à tous les défendeurs (*rei*) que l'action soit civile ou criminelle. Après avoir énuméré les moyens de contraindre l'ajourné à comparaître devant le juge, la loi porte : « Si cependannt « il se présente quelqu'un qui réponde pour lui, renvoyez « l'ajourné, laissez-le libre, *mittito*. » Le sens n'est pas douteux et le texte ajoute : « Qu'un homme riche doit être la cau- « tion (*vindex*) d'un citoyen riche, mais que tout homme peut « être la caution d'un citoyen pauvre. » Cette dernière partie de la loi a fait naitre plusieurs interprétations. Selon quelques commentateurs [3], cette disposition semblerait une concession faite au peuple qui serait ainsi assuré de n'avoir pas à cautionner les patriciens et à risquer pour eux leur liberté : nous ne pensons pas qu'il faille si loin chercher la solution. N'y a-t-il pas un principe d'équité et de bon sens qui indique que la caution n'est une sûreté pour la justice que si elle présente une

[1] En matière civile, les cautions avaient été exigées de tout temps du défendeur pour assurer sa présence aux débats. Les *vades* se divisèrent dès lors en *vades publicos* et *vades privatos*. Ces derniers existaient encore au temps d'Horace qui fait allusion aux procès civils dans la satire première (v. 11). Nous sommes d'ailleurs forcé de passer rapidement sur cette distinction des causes civiles et criminelles, aussi bien que sur les formes et les délais de la citation en justice. Ces études se rattacheraient de près aux nôtres, mais ceci est un aperçu. Nos recherches ont un but précis dans lequel nous devons nous maintenir.

[2] Livius, lib. III, cap. 56-57.

[3] Jacques Godefroi, Roevard Bouchaud, Comm. sur la loi des Douze Tables. — *Contrà :* Forcellini. — *Vid.* Vindex.

valeur supérieure ou tout au moins égale à celle de l'accusé? Tel nous paraît être ici le but unique de la loi. D'ailleurs avec leur inflexible logique, les Romains ne pouvaient perdre de vue le rapport nécessaire entre la situation de l'accusé et la garantie qu'offrait le répondant : la liberté sous caution imprudemment appliquée fût devenue illusoire et son abus eût entraîné sa ruine. Or, depuis la loi des XII Tables, l'histoire nous la montre toujours respectée. Ici, c'est Posthumius sur qui pèse une accusation capitale : arrêté par les licteurs, la prison l'attend s'il ne donne caution [1]. Plus loin nous voyons saisir tous les citoyens qui ont pris part à une émeute populaire : on ne retient que ceux qui ne peuvent fournir aucun répondant [2]. Cicéron, dans son traité de la république, remarque, en faisant l'éloge d'un décemvir, que malgré le pouvoir sans appel dont il était revêtu, il sut dans une circonstance grave se soumettre à la loi et accepter des cautions [3].

D'ailleurs il n'est pas une accusation célèbre où ne se retrouve ce droit : au milieu même du procès des Bacchanales, qui étaient devenus un danger pour le repos public, le préteur élargit les accusés sous caution, mais comme ils en profitèrent pour se cacher dans la province de Tarente, on les poursuivit et ils furent jetés dans les prisons de Rome [4].

On le voit par ce passage, on ne mettait plus en liberté celui qui avait déserté sa caution : sa fuite lui faisait perdre le bénéfice commun ; considéré comme un criminel convaincu, il devait attendre son jugement dans les fers. Si on ne le retrouvait pas, une peine bien autrement terrible lui était réservée, le juge prononçait l'*aquæ et ignis interdictio* [5]. Pour comprendre la

[1] « Rei capitalis Posthumio dixerunt : ac ni vades daret, prehendi a lictore, atque in carcerem duci jusserunt. » (Livius, liv. XXV, cap. 4.)

[2] « Singulis deinde eorum, qui turbæ ac tumultus concitatores fuerant rei capitalis diem dicere, vades poscere cœperunt... non dantes.., in carcerem conjiciebant. » (Livius, liv. XXV, cap. 4.)

[3] « Quo tamen e collegio laus est illa eximia Caii Julii... cum ipso summam potestatem haberet, quod decemvir sine provocatione esset, vades tamen proposcit. » (Cic., *De repub.*, lib. II, 36.)

[4] « Multos qui aut citati non adfuerant, aut vades deseruerant, partim judicavit, partim comprehensos Romam ad senatum misit. » (Liv. XXXIX, 41.)

[5] Ainsi nous voyons, après la fuite de Posthumius, les tribuns s'adressant au peuple lui dire : « Si Marcus Posthumius ante chalendas Majas non « prodisset, citatusque eo die non respondisset neque excusatus esset,

valeur de cette sentence qui le privait de sa liberté et de ses droits de cité [1], il faut se reporter au temps de la république, songer à cette mise hors la loi, à cette sorte de mort civile qui poursuivait le condamné partout où s'étendait la puissance des armées romaines. Loin de protéger l'impunité du coupable, on comprendra que la fuite attirait sur lui les peines les plus sévères. Si l'on veut comparer la force des lois pénales alors et aujourd'hui, on sera forcé de reconnaître combien était plus terrible que l'exil du contumax le châtiment de l'homme traînant avec lui le fardeau de la réprobation publique et errant sans pouvoir trouver un asile dans le monde.

En continuant à rapporter les exemples précis, laissons de côté un instant les historiens et les philosophes; peut être invoquent-ils d'antiques lois tombées dans l'oubli. Cherchons au théâtre l'expérience la plus vraie des mœurs de la société romaine; si le droit s'y trouve, nous serons du moins assurés que c'est le droit commun. Or voici un vers du Persan où Plaute définit avec une clarté parfaite le moyen d'échapper à la prison [2]. Deux personnages se querellent : « Puisses-tu aller au gibet! » dit l'un. — « *Vades desint ut in carcere sis*, » replique son adversaire.

Dans les plus fameuses accusations, quand la sûreté même de l'État était menacée, on n'avait pas recours à la prison, mais les accusés étaient confiés aux citoyens les plus considérés de la ville : Salluste rapporte qu'après la découverte de la conjuration de Catilina, le sénat ordonna que les conjurés fussent remis jusqu'à leur jugement aux magistrats et aux sénateurs nommés par lui [3]. Cette sorte de détention provisoire était la mesure la plus sévère qu'on osât employer contre un citoyen accusé.

Sous la république, on peut donc affirmer que la libre présentation des accusés était un droit absolu : toutefois, on se tromperait étrangement si l'on concluait de ce fait incontesté au respect des Romains pour la liberté individuelle; leur esprit

« videri eum in exsilio esse, bonaque ejus venire, ipsi aquâ et igni placere « interdiri. » (Liv. XXV, 4.)

[1] « Nemo civis romanus aut libertatem, aut civitatem possit amittere... id autem ut esset faciendum, non ademptione civitatis, sed tecti, et aquæ et ignis interdictione faciebant. » (Cic., *Pro domo*, cap. 29, 30.)

[2] Plaut., *Persan.*, act. II, sc. 4, vers. 18.

[3] Sall., *Catil.*, cap. 30.

n'était pas assez mûr pour discerner la valeur d'un tel principe : un peuple encore jeune, grandi par la guerre et accoutumé à ses perpétuelles violences, entouré d'esclaves qui lui rappelaient à tout instant ses victoires et sa domination, ne pouvait se faire une juste idée de la dignité humaine. Aussi la loi ne respectait pas l'homme, mais le membre de la cité. La liberté avant le jugement était un privilége attaché au titre de citoyen et non le droit inné, l'apanage inviolable de tout être intelligent. Si l'esclave accusé était parfois élargi, ce n'était pas à sa qualité individuelle qu'était due cette faveur de la loi. Celle-ci ne reconnaissait pas son existence juridique et lui refusait presque une valeur morale. Mais le législateur avait voulu assurer au maître les services de l'esclave et protéger entre ses mains une propriété dont une accusation aurait pu le dépouiller subitement.

En résumé, jusqu'ici nous avons constaté un usage entré dans les mœurs plutôt que nous n'avons établi l'origine philosophique d'un droit. La raison en est simple : aux sociétés à demi barbares il ne faut pas demander de principes fixes. Rome conquérait l'univers ; des luttes intestines ne cessaient de la déchirer ; la philosophie ne pouvait naître sur le sol mouvant des discordes civiles. La loi devait être un fait et non un droit.

Mais vers la fin de la république, un souffle venu de la Grèce éclaira l'esprit de quelques hommes généreux. On voulut voir plus loin que les formules et comprendre la pensée même du texte. On rattacha ces recherches aux principes les plus élevés de la justice et de la raison. Labéon, Papinien, Ulpien, Gaius marquent la direction que les idées nouvelles imprimèrent au droit. Ils représentent le stoïcisme avec ces maximes austères et ces devoirs inébranlables auquels quelques-uns surent sacrifier leur vie. C'est grâce à leur puissante influence que nous voyons à côté d'un cruel despotisme des textes purs de tout reflet sanglant. Si la tyrannie se fit sentir par des actes plutôt que par des lois, l'honneur de ce singulier contraste appartient surtout aux jurisconsultes stoïciens. C'est leur doctrine et leurs écrits qui ont sauvé le droit de liberté sous caution des accusés presque illimité sous la république, en rendant son action compatible avec les nécessités d'une sage répression.

Les réformes apportées à la procédure criminelle dans les deux premiers siècles de l'empire ont toutes un étonnant ca-

ractère de modération et de justice. La prison publique dut recevoir l'accusé qui avait confessé son crime [1] et assurer ainsi sa représentation. Rien n'était plus équitable; la liberté provisoire n'est utile que là où existe un doute; or l'aveu a toujours été considéré comme une certitude. Bientôt, par une extension naturelle du principe, les accusés des crimes les plus graves furent assimilés avant le jugement aux criminels convaincus; mais les rescrits des empereurs, établissant de nombreuses exceptions, jetteraient beaucoup d'incertitude si Ulpien ne nous avait laissé l'état précis de la législation de son temps [2]. Il existait alors quatre manières d'empêcher la fuite des prévenus entre l'accusation et le jugement : l'accusé pouvait être mis en *prison*, confié à un *soldat*, à des *cautions* ou à *lui-même*. — Nous voyons apparaître pour la première fois deux nouveaux modes de sûreté : la garde du soldat et la caution personnelle. Dans l'un, d'après les exemples qui sont parvenus jusqu'à nous, l'accusé était prisonnier dans sa maison ou dans celle de son gardien. Ce moyen, le plus rigoureux après l'incarcération, était presque un enchaînement; à en croire certains textes [3], l'accusé était retenu par une chaîne qui, d'un bout, lui retenait le bras droit, et, de l'autre, se rattachait au bras gauche de son gardien. Évidemment la détention militaire avait plusieurs degrés selon les charges qui pesaient sur les prévenus : elle était surtout employée contre les personnes suspectes que leur dignité ne permettait pas de jeter dans la prison publique. Quant à la *caution personnelle* dont nous rencontrons la première trace, c'était un serment que prêtait l'accusé de se représenter à jour fixe. Il est très-probable qu'Ulpien veut parler

[1] « Nullus in carcerem priusquam convincatur, omnino vinciatur. » (L. 2, Cod. 9, 3, *De ex hib. reis;* Gratian. Valent. et Theod., ann. 380.) — « Si confessus fuerit reus, donec de eo pronuntietur, in vincula publica conjiciendus est. » (L. 5, Venul. Saturn., *eod. tit.*)

[2] Ulpien vécut sous Héliogabale et Alexandre Sévère (230 ap. J. C.). « De custodia reorum proconsul æstimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fidejussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis quod objicitur qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personæ, vel pro dignitate ejus qui accusatur, facere solet. » (L. 1, tit. 3, lib. XLVIII, Dig. — Ulp., lib. II, *De off. procons.*)

[3] *Custodia militaris.* — Senec., *De tr. animi*, 10, ep. 5. — Tac. Ann., 1, 32, édit. Gronov., *Vid.* not. — *Act. des Ap.*, cap. 28, 16.

ici de ce qu'on appelait à la fin de l'empire une caution juratoire : c'était le plus léger de tous les liens réservé à ceux qui n'inspiraient aucune crainte de fuite. Ainsi la prison publique, la garde militaire, la détention dans la maison d'un magistrat[1], la remise entre les mains d'une caution responsable[2], et le serment exigé de l'accusé, voilà l'ensemble des mesures provisoires que pouvait appliquer le juge au IIIe siècle. Les trois dernières formes étaient appelées *liberæ custodiæ*, par opposition à la *custodia publica et militaris*. La nature du crime, le poids de l'accusation, la situation de l'accusé, sa fortune, sa valeur personnelle, tels étaient les éléments de sa décision. Ulpien ne manque pas de les énumérer, et sa précision suffit pour démontrer avec l'ensemble du texte combien la portée philosophique de ce droit était alors appréciée par ce grand jurisconsulte. Un peu plus loin il nous apprend que les cautions incapables de représenter les accusés étaient condamnées à une amende généralement évaluée au moment de l'engagement; si cette précaution avait été négligée, et que la jurisprudence n'offrît point de précédents, le magistrat devait fixer la somme en se basant sur le degré de négligence du répondant[3]. S'il y avait eu dol, la caution était soumise à une action criminelle.

Dans aucun texte nous n'avons jusqu'ici trouvé un exposé plus net et plus complet des principes qui doivent régler la matière; tous les cas ont été prévus, tous les conseils ont été donnés. Que manquait-il à cette législation pour être parfaite? ce que les lois sont impuissantes à donner à un peuple et ce qui fait leur grandeur et leur dignité : des magistrats qui les comprennent et les respectent. A Rome le préfet de la ville, dans les provinces les lieutenants de l'empereur décidaient

[1] *Cust. apud magistratus.* — Ulpien, qui ne parle que du droit commun, ne mentionne pas ce mode exceptionnel réservé aux personnages que leur rang ne permettait pas de jeter *in carcere*. — V. plus haut Sall.; — de plus, Tac., Ann., VI, 3. — Dion, LVIII, 3. — Plut., *Cic.*, 19-22.

[2] *Cust. apud vades.* — Tac., Ann., lib. V, 8. — Suéton, Vitell., cap. 2. — Symmach., lib. 1, *Epist.*

[3] « Si quis reum criminis pro quo satisdedit, non exhibuerit, pœna pecuniaria plectitur. Puto tamen, si dolo non exhibeat, etiam extra ordinem esse damnandum. Sed si neque in cautione, neque in decreto præsidis certa quantitas comprehensa est ac ne consuetudo ostenditur, quæ certam formam habeat, præses de modo pecuniæ quæ inferri oporteat, statuet. » (Ulp., Dig., lex 4.)

seuls du sort des accusés ; c'était livrer à un pouvoir discrétionnaire la liberté des citoyens. Avec une telle latitude d'appréciation, un pouvoir sans contrôle ni limites violait incessamment l'esprit de la loi. Le droit existait, mais dépouillé de toute sanction. Livrée au caprice, son application dépendait souvent de la volonté arbitraire de l'empereur. Les Antonins étaient rares dans ces siècles de corruption. Ulpien nous a conservé un noble témoignage de leur modération. Antonin le Pieux avait reçu une lettre des habitants d'Antioche, lui dénonçant des abus de pouvoir. Dans sa réponse, il recommanda aux magistrats de ne pas mettre en prison l'accusé qui offrait de donner caution, à moins que son crime fût évident et si énorme qu'on ne pût le confier ni à la garde des soldats, ni à celle de ses cautions, et qu'il ne restât plus qu'à l'enfermer jusqu'à son supplice [1].

Le stoïcisme jeta sous les Antonins ses dernières lueurs. Il commençait dès lors à pâlir devant la clarté nouvelle qui inondait le monde. Avec le Christianisme naissant, se répandit peu à peu, sur le droit criminel, une lumière que l'antiquité dans toute sa splendeur n'avait pu lui donner. Pendant les trois derniers siècles de l'empire, l'esprit de charité portant avec lui l'adoucissement des mœurs fit pénétrer dans les lois le respect de l'homme. On ne peut nier son action en étudiant l'esprit général des Codes de Théodose et de Justinien. On y trouve en germe toutes les garanties que peut réclamer l'accusé : la défense d'arrêter un homme sans l'ordre précis d'un magistrat supérieur ou du défenseur de la ville [2], l'interrogatoire suivant immédiatement l'arrestation [3], l'instruction achevée en un mois [4]; si l'accusé n'avait pas trouvé de cautions, une procé-

[1] « Divus Pius ad epistolam Antiochensium græce rescripsit, non esse in vincula conjiciendum eum qui fidejussores dare paratus est; nisi ei tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere. » (L. 3, *De cust. Dig.* — Ulp., lib. VII, *De off. proc.*)

[2] « Neminem oportet injici custodiæ absque jussione magnorum magistratuum aut locorum defensorum. » (L. 6, Cod., lib. IX, *De cust. reorum.*)

[3] *De custod. reorum.* (Code, L. 1 *in princ.*)

[4] « Hi quos custodia delatæ criminationis includit, intra unius mensis spatium audiantur, inquisitione completa; ne si delati criminis causam segnius judicantis ignavia distulerit, reciprocos pœnæ fortiatim incursus. » (Cod. Theod., *De accus.*, L. 7. — *Vid.* Cod. T., *eod. tit.*, L. 18.)

dure plus rapide, ne dépassant jamais le terme d'une année [1] : telles étaient les principales réformes apportées dans la durée de la procédure. Nous venons de voir les textes indiquer avec précision que la liberté sous caution est de droit commun ; mais en même temps les sages restrictions établies au commencement de l'empire sont maintenues : les coupables de vol pris sur le fait, de complots à main armée et de troubles violents seront renfermés, car l'intérêt de la paix publique rend une prompte répression nécessaire [2].

Si la marche de la justice s'accélère, sous l'influence des mêmes idées le régime intérieur des prisons s'adoucit. Dans les premiers temps de l'empire, ensanglantées par les successeurs de Tibère, les prisons étaient devenues des lieux de torture [3] ; aux condamnés qui venaient y chercher la mort étaient mêlés les accusés des crimes les plus graves et les malheureux qui n'avaient pu trouver des cautions. Sous les Antonins commença une réaction contre de tels excès ; le Christianisme devait marcher dans la même voie. En partant du principe que la détention ne devait pas être une peine et encore moins un supplice, on restreignit l'emploi de la question [4] dont l'usage diminua chaque jour, on supprima les chaînes et les menottes [5], on établit des prisons séparées pour chaque sexe [6], on y fit pénétrer la lumière, et, comme garantie de l'exécution de ces réformes, on ordonna que les juges visiteraient chaque dimanche les détenus, les interrogeraient et recevraient leurs plaintes [7]. Les évêques eurent le droit de pénétrer auprès d'eux [8], et, plus tard, Justin régla leur intervention en leur prescrivant de visiter

[1] « Detur reus sub fidejussione, vel si non reperiat fidejussores, maneat quidem in carcere : causa autem intra annum terminetur. » (L. 6, Cod., *De cust. reorum.*) — « Ut aut convictum velox pœna subdicat, aut liberandum custodia diuturna non maceret. » (L. 6, Cod. Theod., *De cust. reorum.*)

[2] « Latro manifestus, vel seditio prærupta, factioque cruenta, vel alia justa causa moram non recipiant, non pœnæ festinatione, sed præveniendi periculi causa. (Dig., XXVIII, tit. 3, L. 6, 9.)

[3] V. à ce sujet Cod. Th., édit. Godef. Ritter, tome III°, p. 35.

[4] Lib. VIII, Cod., *De quæstionibus.* — L. 10, Cod. Theod., *De accusationibus.*

[5] L. 1, Cod., *De custod. reorum.*

[6] L. 3, Cod. Theod., *De cust. reorum*, Constance.

[7] « Ne his humanitas clausis per corruptos carcerum custodes denegetur. » (L. 7, Cod. Th., *De cust. reorum.*)

[8] Gothofred, *Comm. ad hanc legem.*

les prisonniers toutes les semaines et de révéler au prince les retards, les négligences et les infractions à la loi, quelle que fût leur nature. Le droit de contrôle sur les procédures fut confirmé par le Code de Justinien [1], et les causes de l'emprisonnement, particulièrement signalées à l'attention des évêques. Les geôliers devaient en outre présenter, tous les mois, aux magistrats, un état contenant le nombre des détenus, le genre d'accusation qui pesait sur eux, leur condition et leur âge [2]. Telles étaient les formes de la détention; mais nous devons dire, pour compléter l'état de la législation à cette époque, que certaines personnes étaient dispensées de ses rigueurs; les dignitaires de l'empire jouissant du titre d'illustres [3], les sénateurs [4] n'étaient pas astreints à fournir caution en matière civile ou criminelle : on n'exigeait d'eux qu'un serment.

Au milieu de toutes ces réformes, les jurisconsultes du VIe siècle ne pouvaient oublier les femmes, véritables esclaves domestiques que le christianisme était venu émanciper. Aussi, par une novelle publiée en 560, toute arrestation à leur égard fut interdite avant jugement : quand une mesure de sûreté paraissait nécessaire, on exigeait d'elles une caution; si elles affirmaient par serment qu'elles n'en pouvaient trouver, on se contentait d'une caution juratoire; mais s'il fallait prévenir la fuite, on avait le droit de les envoyer dans des monastères ou de les confier à des femmes qui devaient les garder librement et publiquement. En sorte qu'elles ne pouvaient jamais être jetées en prison, ni gardées par des hommes; l'exécution de cette loi était sanctionnée par une amende de 20 livres d'or, infligée au juge qui négligeait de s'y conformer [5]. Nous voyons encore dans ce texte l'usage de la caution juratoire à défaut de

[1] L. 22, Cod. *De episcopali audientiâ.*

[2] L. 5, Cod., *De custod. reorum.*

[3] L. 7, Cod., tit. *De dignitat.*

[4] Cod. Theod., L. 1, tit. *De exh. et trans. reis.*

[5] « Si vero crimen sit quod infertur mulieri, in quo necessarium est ipsam custodiri : siquidem fidejussorem, personæ præstare potest, ipsi credatur. Si vero juraverit non posse se dare fidejussorem, juratoriam cautionem faciat de observatione judicii. Si verò gravissimum inveniatur crimen in quo accusatur, in monasterium aut in asceterium mittatur, aut mulieribus tradatur, per quas potest publice et libere custodiri, donec causa ejus manifestetur. Nullam enim mulierem pro criminali quolibet modo, aut in carcerem mitti concedimus aut a viris custodiri. » (Nov. CXXXIV, cap. 9.)

répondants, et cette détention libre et publique, dont le législateur caractérise avec soin la forme pour l'opposer aux prisons privées, devenues, à en croire les Codes, une des plaies du Bas-Empire. Ainsi trois siècles après Ulpien, nous retrouvons les quatre mesures de sûreté qu'il indique, vivifiées par un nouveau principe, mais toujours semblables à elles-mêmes, garantissant aux accusés les mêmes droits.

En relisant ces sages dispositions, nous avons dû nous borner à étudier les textes protecteurs de la liberté des citoyens et oublier qu'ils sont restés presque stériles entre les mains de magistrats incapables de les faire respecter. C'est l'histoire qui expliquera les causes d'une si honteuse impuissance : la législation criminelle était bonne et vraiment digne d'un meilleur temps. Née sous la république, ayant eu le rare bonheur de traverser l'empire en conservant à la faveur du stoïcisme quelque trace de son origine libre, elle avait ressenti sous les derniers Césars le souffle divin d'une philosophie qui s'appuyait sur la charité. De telles lois, seules en progrès au milieu de l'abaissement d'une société en décadence, devaient exciter l'attention des criminalistes modernes, et nous ne pouvons mieux faire que de citer les belles paroles de Filangieri appréciant en quelques mots la législation que nous venons de parcourir : — « S'il est « une partie de la procédure criminelle où le système de la « jurisprudence romaine doive être entièrement adopté, c'est « assurément celle qui concerne l'assignation de l'accusé et la « sûreté de sa personne; nous avons vu combien elle était « simple et favorable à la liberté du citoyen. Assigner un « homme qui est accusé d'un délit, le conduire devant le ma- « gistrat compétent, lui faire connaître son accusateur, lui « montrer l'accusation, l'interroger sans mystère sur la vérité « de tout ce qu'on avance contre lui, ne laisser paraître la « moindre prévention en faveur d'aucune des parties ; accorder « le même nombre de jours à l'accusé pour se justifier et à « l'accusateur pour soutenir la vérité de son accusation...; ne « point s'assurer de l'accusé en l'emprisonnant, excepté dans « le cas où l'on peut craindre sa fuite et où l'on doit punir son « mépris pour l'autorité légitime; laisser sa personne libre, « sur la parole d'une caution, lorsque la nature du délit et la « rigueur de la peine portée contre lui n'exigent pas une plus « grande sûreté ; faire en sorte que, même en ce cas, la garde

« de l'accusé ne soit pas indigne d'un innocent; construire « des prisons où le prévenu soit traité avec humanité, modéra- « tion et respect; en un mot *en user avec l'accusé comme avec « un citoyen, tant que son délit n'est pas entièrement prouvé.* « Voilà les heureux effets de ce système de liberté des Ro- « mains. »

Germains-Francs.

Nous venons de voir les garanties accordées à l'accusé dans les deux grandes législations de l'antiquité : après avoir suivi jusqu'à la fin leurs transformations successives, nous avons reconnu que désormais aucune loi ne pouvait vivre ni prospérer sur ce sol usé par la tyrannie et bientôt envahi par le flot irrésistible qui descend du Nord. En remontant vers ces contrées inconnues pour voir germer dans une terre plus sauvage et plus féconde les semences d'une liberté nouvelle, nous rencontrons d'abord les Germains qui résument dans leurs mœurs tous les caractères des races barbares. Chez eux la protection accordée à l'accusé prenait des formes toutes différentes. Nous avons vu chez les peuples de l'antiquité, la liberté réservée aux citoyens comme un privilége attaché à leur titre; ici la liberté était un bien imprescriptible, une propriété privée et la première comme la plus sacrée de toutes. L'intérêt général, le bien public qui venaient jadis en restreindre l'exercice leur étaient inconnus. Fiers de leur indépendance et de leur dignité individuelle, n'admettant pas même parmi les peines la privation de la liberté, ils se seraient révoltés à l'idée d'une législation qui aurait atteint le plus inviolable de leurs droits.

Aussi leurs rois et leurs chefs n'avaient-ils sur eux qu'un pouvoir restreint et quand ils avaient été surpris en flagrant délit les prêtres seuls pouvaient les arrêter et les charger de chaînes parce qu'à leurs yeux ce n'était plus devant un homme, mais devant la Divinité même, qu'ils s'inclinaient[1]. Rarement, d'ailleurs, on usait de ce moyen pour les forcer à se présenter devant la justice, car nous voyons dans Tacite que dans les assemblées où étaient portées les affaires criminelles, ils ve-

[1] « Neque vincire, neque verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in pœnam, nec ducis jussu, sed velut Deo imperante. » (Tacite, *Mores German.*, cap. 7, cap. 12.)

naient libres et armés répondre à l'accusation qui pesait sur eux.

Ces coutumes, uniformes chez toutes les races qui descendaient du Nord, éprouvèrent fort peu de changements jusqu'au VIe siècle, et l'on peut presque étudier dans César et dans Tacite l'esprit général des Francs de la loi salique. Si ces sociétés d'origine barbare, en fixant leurs destinées et en fondant des établissements durables, perdirent quelques traits de leur caractère, elles conservèrent du moins les garanties du droit individuel rapportées du fond de leurs forêts par l'esprit indépendant des races germaniques.

Les premières lois écrites nous apportent à ce sujet un témoignage incontestable.

Dans les lois lombardes, nous retrouvons le système de la libre présentation des accusés approprié à une société plus régulière. Dans la loi salique, le titre 34 paraît consacrer sans le moindre équivoque le droit de l'offensé d'arrêter le coupable dans l'*action du crime*, mais à la charge de le remettre aussitôt entre les mains du juge et de prouver que l'arrestation n'était pas faite *sine causâ;* mais, s'il n'a pas été pris en flagrant délit, tout ingénu demeurait libre en offrant des cautions, et nulle autorité ne pouvait se saisir de sa personne [1].

Sous nos premiers rois, on ne connaissait pas l'emprisonnement comme peine distincte; on n'admettait guère que des peines pécuniaires [2]. Au premier abord la liberté préalable paraît la conséquence naturelle d'une telle législation : c'est une grande erreur. Quand le condamné n'acquittait pas la somme que les lois barbares avaient fixée pour son crime, il était en butte à la vengeance de la partie lésée et il était contraint de payer par des moyens plus cruels que la détention la plus dure. Il ne faut donc pas croire que le système des compositions en vigueur chez les Burgundes, les Ripuaires, les Wisigoths et les Francs fit disparaître chez l'acusé toute crainte de la peine et toute pensée de fuite. Les cautions n'etaient pas seulement une conséquence de la faiblesse d'une société non organisée, mais encore une tradition qui s'imposait à ses lois.

L'histoire vient confirmer l'unanimité des textes : Grégoire

[1] Pardessus, *Loi sal.*, p. 807-808.
[2] Montesquieu, *Esp. des lois*, liv. VI, cap. 18.

de Tours nous raconte comment Gontran Bozon, accusé devant Clotaire, fut confié avant le jugement à un évêque qui répondit au roi de sa présence [1]. Plus loin le fait est encore plus clair; le roi irrité avait ordonné au comte de saisir un homme qu'on soupçonnait de meurtre et de le tuer s'il faisait la moindre résistance. Comme il consentit à fournir caution, les armes s'abaissèrent, et il se rendit librement devant le roi [2]. Quels exemples plus frappants!

Arrivons maintenant aux Capitulaires, et nous trouverons le droit de liberté sous caution formulé à chaque page dans des termes qui ne laissent place à aucun doute. Dans le troisième capitulaire de l'année 803, nous lisons pour la première fois cette disposition tant de fois renouvelée depuis : « De illis qui legem servare contempserint, ut per fidejussores ad præsentiam regis deducantur [3]. »

Répété dans la plupart des textes, ce mode de cautionnement est expliqué et développé dans le premier capitulaire de l'année 819 (Louis le Débonnaire) [4].

Si un homme libre est accusé de vol et qu'il ait quelque bien, *res proprias*, il lui suffit de se rendre au *mallum* devant le comte; s'il ne possède rien, comme la justice n'aurait aucune garantie, il doit donner des cautions, c'est-à-dire présenter des répondants, qui l'amènent devant le tribunal. L'expression de *res proprias* est tellement étendue que l'exception ne devait comprendre que les vagabonds et les coureurs de routes. Nous voyons plus loin qu'une condamnation précédente prive l'accusé de ce droit et que la libre présentation est réservée à

[1] « Veniat coram nobis, et datis fidejussoribus..... rex dicens. « Sit penes te, sancte sacerdos, donec in præsentiam regis adveniat. » Et jussit eum discedere. » (Grég. de Tours, *Gest. franç.*, lib. IX, cap. 8.)

[2] « Sed ille non resistens, datis fidejussoribus, quò jussus est, abiit. » (Grég. de Tours, *G. franç.*, lib. X, cap. 6.) — V. encore les formules de Marculfe : « Per fidejussores positos tunc ac nostram studeatis præsentiam. » (Lib. I, form. 27.) — « .....tuitis fidejussoribus ad nostram eum dirigere faciatis præsentiam. » (Lib. I, form. 28.)

[3] Capitulare III, Ann. 803, cap. 3, lib. III, cap. 38; lib. VI, cap. 209. — Leg. Longob., lib. III, tit. 21, cap. 1; tit. 55, cap. 15. — Hincinav., *in Rotula*, p. 430.

[4] « Si liber homo de furto accusatus fuerit, *et res proprias* habuerit, in mallo ad præsentiam comitis se adrhamiat; et si res non habet, fidejussores donet qui eum adrhamire et in placitum adduci faciant. » (Ann. 819, I capitul., c. 15; Capit., lib. IV, cap. 29.)

ceux dont la vie a été régulière et qui ont une propriété quelconque, de sorte qu'en cas de fuite ils sont punis par la confiscation de leurs biens [1].

Si tous ces textes ne prouvaient pas suffisamment quel était l'usage à cette époque, le témoignage personnel de Charles le Chauve lèverait tous les doutes. Parmi les actes d'un concile tenu à Douzy au IXe siècle, nous trouvons un discours dans lequel le prince expliquant les ordres qu'il avait donnés pour la remise de coupables entre les mains de cautions, ajoute qu'il a pris cette mesure suivant la loi des Francs et l'antique coutume des rois ses prédécesseurs [2]. Sous le même règne, toutes les instructions données aux comtes et au missi pour la répression des crimes chaque jour plus fréquents sont conçus dans le même sens. Prévoyant la fuite des coupables, *si de uno comitatu in alium comitatum fugerit*, on enjoignait au comte qui trouverait le fugitif, *comes in cujus missaticum fugerit*, de le forcer, en exigeant de lui des cautions, à revenir au lieu où avait été commis le crime, *per fidejussores constringat, ut velit nolit illuc reveniat et ibi malum emendet ubi illud perpetravit*. Et s'il n'en trouvait pas, le comte devait se saisir de sa personne jusqu'à ce qu'il l'eût remis aux mains de celui qui devait le juger. *Et si fidejussores non habuerit sub custodia illum habeat, donec ad illum comitem, in cujus comitatu forbannitus fuerit, illum revenire faciat* [3]. Tels sont les moyens de contrainte laissés à la disposition du comte dans les sept jours qui suivent le premier ajournement [4], mais après son second appel, *post secundum bannitionem co-*

[1] « Si autem illis adhuc vita perdonata non fuit, et revicti non sunt, et res et mancipia vel mobile habent, fiat de illis sicut in quarto libro Capitulorum capitulo XXIX dicitur, cum ad mallum comitis venerit; si autem ad mallum non venerint, banniantur, et per res et mancipia vel mobile distringantur. » (Bal., II, 228. — Kar. Calv., capit. 3, Ann. 873.)

[2] ..... « Sicut ad me perventum est aufugere de regno meo parabant, ne ad rationem venirent, præcepi ut *secundum legem Francorum et antiquam consuetudinem prædecessorum meorum regum*, per fidejussores mitteret (Missus). » (Concil. Dujiacense, ann. 871. — Coll. du P. Labbe, *Sancta concilia*, tome VIII, col. 1552.)

[3] Baluz., II, 227. — Kar. Calv., capit. 873, cap. 1.

[4] Il ne faut pas perdre de vue que l'arrestation et le cautionnement sont des mesures réservées aux plus grands crimes. Pour les faits que nous qualifions aujourd'hui *délits*, les formes étaient les mêmes que pour les ajournements civils. L'assignation était donnée *cum testibus* pour comparaître à

mitis, si l'accusé persiste à ne pas se présenter, tout homme a le pouvoir de l'arrêter, et cependant tel est le respect pour l'usage des cautions que le comte est tenu, malgré la fuite, d'accepter des répondants si l'accusé en offre. Si, au contraire, il ne peut en fournir il sera arrêté par les gardes du comte, comme dans le précédent texte, et conduit au *mallum*. Nous rencontrons ici pour la seconde fois et à titre d'exception un exemple de la détention préventive : c'est la garantie corporelle exigée à défaut de caution [1].

A cette époque le droit commun est donc incontestable; mais que prétendons-nous établir en assemblant en un faisceau les lois éparses de ces temps si profondément troublés? Nous ne voulons ni faire croire, en cachant la forme même et l'autorité d'où émanaient ces documents, à une unité de législation qui manquait partout, ni affirmer qu'à une telle époque des législateurs demi-barbares comprenaient le respect dû à la liberté de l'accusé. Nullement. Ce serait méconnaître les traits généraux de la législation sous nos premiers rois. L'unité éphémère du règne de Charlemagne ne doit pas tromper l'esprit et l'éloigner de la vérité; provoquée par des violences incessantes, basée sur les faits et les besoins, la législation n'était presque jamais guidée par un principe supérieur à la paix qui semblait le premier de tous les biens. D'où peut alors venir cette apparence de liberté dans un temps où les excès de la force appelaient les excès de la répression? La raison en est simple. Deux éléments essentiels caractérisent la législation des Capitulaires, les traditions de l'antiquité romaine, les coutumes des envahisseurs. Tous deux sont venus apporter dans la formation de nos lois nationales leurs principes et leurs tendances. Ici les principes étaient semblables, les tendances communes : du mélange des deux races devait donc naître un

sept jours; le défendeur était assigné pour répondre et s'expliquer *de causâ quæ ei imputatur*. Si l'assigné ne comparaissait pas, le demandeur devait l'ajourner à nouveau. Cette fois le délai était de quatorze jours. Un texte des Capitulaires nous apprend que le troisième ajournement emporte un délai de vingt et un jours, et le quatrième, de quarante-deux. (V. à ce sujet Pardessus, *Loi salique*, et les Capitulaires.)

[1] « Comprehensus autem, si fidejussores habere potuerit, per fidejussores ad mallum adducatur; si fidejussores habere non potuerit, a ministris comitis custodiatur, et ad mallum perducatur. » (Bal., II, 229. — Kar., *Calv.*, capit. 873.)

usage profondément enraciné dans les mœurs et assez puissant pour s'imposer au législateur.

Coutumes. 1180-1397.

Deux siècles plus tard, la situation s'était modifiée, l'autorité des Capitulaires avait disparu, mais les mêmes éléments subsistaient. A défaut de garanties politiques, les habitants trouvaient dans l'individualité qui caractérisait encore leur race ou dans les priviléges qui les séparaient en corporations une sauvegarde contre les injustices et les abus de pouvoir. De là autant de lois particulières, autant de juridictions spéciales que d'associations ayant toutes pour but une communauté d'intérêts, de crainte et de résistance. Dans cette mutuelle aspiration vers l'indépendance qui créait les communes, et faisait des priviléges le rempart des libertés, comment rédiger des lois protectrices? On devait naturellement combiner les vestiges encore debout des Capitulaires et les meilleures coutumes locales. C'est ainsi que dans cette lutte incessante des communes pour leur affranchissement, chaque phase est marquée par la concession ou la confirmation de chartes qui ne sont pour la plupart que la constatation écrite d'usages bien antérieurs. Tels seront pendant trois cents ans nos documents et nos textes.

C'est dans une des plus anciennes chartes, celle que Louis le Gros octroya au commencement du XIIe siècle aux habitants de Lorris en Gâtinais, que nous rencontrons pour la première fois le droit de liberté sous caution. L'article 16 était ainsi conçu : « Nullus eorum (*habitantium*) captus teneatur, si plegium ve- » niendi ad jus dare potuerit. » Nul ne sera retenu en prison, s'il peut donner caution de se présenter en justice. Cette charte confirmée par Louis le Jeune et Philippe-Auguste fut regardée par les bourgeois comme si favorable à leur liberté et à leurs intérêts que nous la voyons successivement concédée à un grand nombre de villes du Berry et de l'Orléanais[1].

[1] *Recueil des ordonnances*, t. XI, p. 200-203. — Concédée par Louis le Gros vers 1130, confirmée par Louis le Jeune et Phil.-Auguste, elle est accordée peu à peu : 1163, Villeneuve-le-Roy; 1171, Bois-le-Roy; 1175, Chaillon-sur-Loire; 1186, Boiscommun-en-Gâtinais; 1187, Voisines; 1188, Saint-André près Macon; 1191, Clery; 1200, Dimont; 1216, Celles en Berry, etc., etc. (V. M. Guizot, *Hist. de la civil. en France*, 4e volume, p. 35 et seq..

Si nous trouvons quelques variantes dans le texte, partout du moins la pensée est la même. Là il faut donner un *plège* (caution), là [1], il suffit de posséder des biens meubles ou immeubles, plus loin une bonne sûreté [2], c'est-à-dire un objet déposé en gage empêche l'accusé d'être arrêté; certaine coutume [3] indique enfin que cette loi s'applique aux petits comme aux grands, aux pauvres comme aux riches. Presque tous les textes s'accordent à priver de ce bénéfice les traîtres, les meurtriers, les coupables de rapt ou les voleurs pris sur le fait. Un seul [4] fait exception, en accordant l'élargissement sous caution dans les cas de trahison, de meurtre et de vol. Quelles que soient les différences de détail, ces dispositions présentent un ensemble dont on ne peut nier la valeur; mais il faut reconnaître qu'ici le mouvement part de l'initiative des communes. Voyons si l'autorité royale admettra les mêmes principes.

De tous les monuments de cette époque, le plus curieux et sans contredit l'acte le plus important pour l'administration politique est le testament laissé par Philippe-Auguste, partant pour la croisade, et suivant lequel devait être réglé le gouvernement de ses États en son absence; rendue en 1189, cette ordonnance porte à l'art. 13 : « De plus, défendons à nos prévots et baillis de saisir un homme, ni son avoir, quand il offrira de bonnes cautions pour poursuivre son droit devant notre Cour, excepté dans le cas d'homicide, de meurtre, de rapt ou de trahison [5]. » Ainsi, pendant que le peuple implore cette garantie, le pouvoir royal reconnaît spontanément le droit. Et ce n'est pas seulement au nord de la Loire que ce vieil usage national est inscrit dans nos

[1] « Dum habuerit sive in immobilibus, sive in mobilibus unde possit emendare. » (*Cout. du Berry et de Lorris*, 1256, Franc. homin. sancti Karterii.)

[2] « .....plegium vel bonam securitatem præstare voluerit quod justitiæ stabit. » (Dun-le-Roy et Bourges, 1181. — Affranch. et privil. accordés aux habitants de Saint-Palais, 1279, — etc., etc.)

[3] « Nec parvus, nec magnus, dives vel pauper capiantur, nec capi permittentur quandiu in jus vocatus voluerit. »

[4] La liberté est de droit commun : « exceptis his tribus causis, scilicet proditione, homicidio et furto, et *tunc* corpus ejus poterit capi, si non habuerit tantum in facultatibus et possessionibus quod illud jus posset facere, vel etiam dare fidejussores si vero habuerit, non debet capi. » (1200, Franch. de Chat. Meillan, *Cout. du Berry et de Lorris.*)

[5] *Recueil des ordonnances des rois de France*, Phil.-Aug. — *Hist. de la civil.*, 3e vol., p. 328 et seq.

chartes, au Midi, dans le Comté de Toulouse qui ne devait être réuni à la couronne que plusieurs années après, une coutume récemment publiée[1], nous offre à la même époque des principes exactement semblables. « Aucun habitant ne pouvait être mis en prison close, pour aucun crime ou excès, s'il donnait des cautions suffisantes pour garantir qu'il se présenterait en justice et payerait la chose jugée, excepté dans les crimes de de meurtre, d'adultère et de grand larronages à raison desquels il apparaîtrait aux consuls, après information suffisante, qu'il dut être retenu. » Ainsi partout mêmes règles et mêmes exceptions.

Dans le recueil des *Assises de Jérusalem* qui reflètent le droit commun de la France au XIIe siècle, on voit que les accusés qui veulent donner *des pléges tels que l'on peust être bien seurs d'eaus* ne peuvent être mis en prison, pourvu que les pléges acceptent la condition : *que se ils ne rendaient l'omne à court toutes les houres que la Court vodrait, l'on ferait des pléges se que hom deust faire de celui*[2].

Tels sont les principaux textes qui constatent l'uniformité de nos coutumes avant Saint Louis. Sous le règne de ce prince, le système des cautions est admirablement compris et consacré par de nombreuses ordonnances.

Dans des lettres réformant en juillet 1254 la justice de Beaucaire, nous lisons qu'il a été demandé au roi, *ut nullus captus detineatur a curia qui velit vel valeat idonec satisfacere* : il le leur permet, *nisi tamen enormitas criminis captionem requirat.* La détention était alors l'exception réservée aux crimes énormes. Une autre ordonnance publiée en décembre de la même année pour réformer le royaume et protéger la paix et le repos des sujets contre les méchants et les criminels, restreint encore les cas exceptionnels en exigeant même pour les plus grands crimes de fortes présomptions de culpabilité[3].

[1] *Revue historique de droit français*, mars 1861. « Si donno fermansos sufficiamen d'estar a drech e de pagar causo jutgeado. — *Cout. de Montcuq*, 1224. — Raymond, VIII, cinquante ans avant la réunion à la France.

[2] Assises de la Cour des bourgeois, CCXXIX, cité par M. F. Hélie, 1er volume, p. 322.

[3] Art. 20. Sed ne occasione criminis seu delicti detineant aliquem personaliter, qui possit vel valeat idonee se purgare, nisi criminis hujus requirat enormitas, de quo confessione propria, vel probatione legitima sit convictus,

Les *Établissements de saint Louis* constatent plusieurs fois le droit de liberté sous caution, mais en restreignant sagement son usage aux causes qui n'entraînent pas *peine de sang*. Si l'accusé s'enfuit et ne reparaît pas à l'époque fixée, la justice ne peut soumettre les pléges à aucune peine corporelle, mais elle exige une amende qui était appelé *relief d'homme* et dont le taux est toujours de cent sous un denier. « Pour ce doit bien garder la justice que il ne praigne pleiges de gent qui s'entre-appellent de si grand meffeit comme de murtre ou de traison. Car il n'en peut porter autre amende que ce que nous avons dit dessus[1]. » Ainsi la situation des pléges devenait complétement indépendante de la culpabilité de l'accusé; ils répondaient de sa comparution; c'était leur seul rôle, et jamais, en cas de fuite, ils ne se soumettaient, comme le prescrivait auparavant le texte des *Assises*, aux peines qui auraient dû frapper le vrai coupable.

Dans un autre article du même livre, on s'occupe des hommes soupçonnés et arrêtés dont l'affaire traîne en longueur parce qu'il ne se présente personne pour les accuser. « Si nul ne vient avant pour le poursuivre, la justice *le doit laisser aller par pièges*, se il les püet avoir et se il ne les püet avoir, si li face fiancier que il ne s'enfuira dans l'an, ne se destornera et qu'il rendroit adroit qui l'en voudroit appeler[2]. » Le droit à la mise en liberté, quand la justice ne peut poursuivre ni frapper, se rencontre pour la première fois à cette époque et indique combien les cautions étaient entrées dans les mœurs judiciaires du XIIIe siècle[3].

L'usage était tellement général sur toute l'étendue de la France

vel nisi tam violentis præsumptionibus urgeatur, ut judex cognoscat reum esse personaliter detinendum.

[1] Liv. I, cap. 114, *Établiss. de saint Louis.*

[2] Liv. I, cap. 26, *Établiss. de saint Louis.*

[3] Nous avons jusqu'à présent omis de parler des combats, qui tenaient une si grande place dans l'organisation de la justice féodale : la procédure qui en réglait la marche était aussi primitive que l'usage du duel barbare. Plus tard de nouvelles formes furent introduites : durant la réaction déplorable qui signala le pouvoir despotique de Philippe le Bel, parut une ordonnance dans laquelle le fils revenant sur l'œuvre de sagesse de son père, rétablissait les combats dans le cas où les accusés n'auraient pu être convaincus par preuves et par témoins. — Dans le manuscrit de la bibliothèque du roi, 1306 (Crapelet, in-4°), nous trouvons ce qui suit : Comment l'appelant

actuelle, que nous retrouvons les mêmes franchises dans les coutumes municipales dont jouissait la ville de Nice. En 1305, une supplique présentée au sénéchal demandait que l'accusé ne fût pas emprisonné toutes les fois qu'il pourrait fournir caution suffisante; comme le sénéchal s'en remit au pouvoir discrétionnaire du juge chargé de l'information, cette demande reparut dans une nouvelle supplique présentée au prince Robert en 1306. Cette fois on avait réservé l'exception dans le cas où il y aurait accusation capitale; aussi nulle objection ne pouvait être élevée et en accueillant ces prétentions, le prince voulut de plus que l'accusé fût admis à proposer sa défense avant de pouvoir être jeté en prison. Quelques années plus tard le roi Charles confirmait ces priviléges [1], qui furent l'origine du droit commun incontestable à Nice au XIVe siècle.

En France, les lois de Louis le Hutin indiquent un nouveau progrès; non-seulement il répète les phrases de ses prédécesseurs, mais en tête de ses ordonnances [2], il rappelle que *le droit de nature est que chacun naisse Frank*, que de plus *le royaume est dit et nommé royaume des Franks*, il veut que *la chose en vérité soit accordant au nom*; et il règle les conditions générales des nouvelles franchises. Plus tard, pendant qu'il maintient les lois de son aïeul saint Louis et qu'il confirme spécialement les dispositions qui garantissent la liberté de ses sujets [3], il fait droit aux plaintes des habitants du bailliage d'Amiens et de Champagne par deux ordonnances, défendant qu'on emprisonne pour *souspesson de cas de crime* à moins qu'il n'y

propose son cas devant le juge de l'appelé. — Le demandeur et le défendeur paraissent devant le juge et prennent jour pour la bataille. — « Chacun « d'eux jurera, promettra et s'obligera de comparoir, aux jour, heure et « place à eux assignés..... Et oultre ce voulons qu'ils soient arrestez s'ils « ne donnent bons et suffisants pleges de non departir sans nostre congié. » — Ainsi jusque dans les restes mal effacés des coutumes barbares, nous retrouvons les semences du droit que les lois nouvelles consacrent.

[1] Diplôme du 10 fév. 1308. — Charles d'Anjou, roi des Deux-Siciles, rapporté dans l'ouvrage de l'avocat Datta, *Delle libertà del comune di Nizza*, 1859, p. 120, 121.

[2] Ordonn. des rois de France, 1315. — Louis X le Hutin.

[3] Ordonn. des rois de France, 1er avril 1315. — Cum juxta statuta beati Ludovici proavi nostri ac etiam domini genitoris nostri, nullum capi, seu detineri, qui idonee velit, peterent, nisi enormitas impositi sibi criminis hoc requirat, volumus et præcepimus dicta statuta in casu prædicto inviolabiliter observari.

ait flagrant délit, *devant qu'ils soient condampnerz* [1]. Aucun roi ne néglige de veiller à l'exécution de ces lois, que le peuple considérait comme le plus précieux de ses priviléges. Sans parler plus longuement de Philippe le Long qui recommande les plus grands ménagements quand il s'agit d'arrêter un homme bien famé [2], nous devons noter tout particulièrement l'ordonnance de Philippe de Valois qui, le premier de nos rois, prescrit aux prévôts de *faire visitation des personnes qui auront été prises du jour au lendemain*, car le plus souvent pauvres gens sont prins et emprisonnés pour légère cause, de les interroger sans délai de les élargir ou de faire immédiatement statuer [3].

A Aigues-Mortes, nous trouvons parmi les priviléges accordés en 1350 par le roi Jean un article remarquable réglant les formes destinées à assurer la présentation devant la justice. Demandeurs et défendeurs, accusateurs et accusés devaient fournir caution; à défaut de cette garantie, on se contentait ordinairement du serment; mais si le juge, après information, trouvait les charges trop graves, on confiait l'accusé à ses répondants. La prison, réservée à ceux dont le crime était évident, n'était pour eux qu'un lieu de garde et non un lieu de torture, et, leur innocence reconnue, les prisonniers ne devaient payer à leurs geôliers que les dépenses faites pour leur entretien [4]. On appelait ces maisons de détention des prisons libres; il paraît qu'il en existait au XIVe siècle, où le prisonnier avait la faculté de se promener et qui ne ressemblait nullement aux prisons où on renfermait les condamnés [5].

Les nombreuses chartes que nous rencontrons dans la seconde moitié du XIVe siècle nous offrent toutes les mêmes garanties; tantôt ce sont des priviléges accordés aux habitants d'une con-

[1] 15 mai 1315, Louis X le Hutin. Ordonn. faite sur les plaintes et en faveur des habitants du baill. d'Amiens, art. 2. — Ordonn. faite à la supplication des nobles de Champagne, art. 14.

[2] Juin 1319. — Lettres par lesquelles le roi accorde plusieurs priviléges aux habitants du Périgord et du Quercy. — Philippe V le Long, au bois de Vincennes. — Recueil des ordonn. des rois de France.

[3] Philippe VI de Valois. — Ordonn. de 1327, art. 43. Voyez aussi son ordonn. touchant la solde des gens de guerre, juin 1338, art. 21.

[4] Et sit carcer talis qui non sit ad *exterminium* personæ, sed ad *custodiam*. — Privil. d'Aigues-Mortes. Jean, 1350, art. 11.

[5] Conf. des priv. accordés à la ville de Pont-Orson. Charles V, 1366. Paris.

trée ou d'une ville[1], tantôt des règlements pour une province[2], ou bien l'établissement d'une nouvelle juridiction[3], dont il faut limiter les pouvoirs. Souvent des habitants se plaignent à leur seigneur des excès dont ils sont victimes; nous trouvons alors des lettres aux baillis et aux juges, confirmées par ordonnance du roi; c'est ainsi que sur les plaintes des Briançonnais, le dauphin Jean défendit aux officiers qui les arrêtaient arbitrairement pour se faire payer des rançons de les emprisonner, sauf le cas de certains crimes graves qui ne permettaient pas de les confier à des répondants. Pour tous les délits ils devaient accepter les cautions. Telles étaient les règles que le dauphin prescrivait en menaçant de sa colère ceux qui ne les respec-

[1] Jean. . .	1350. Déc.	Privilége de la ville de Grenade, art. 4.
—	1354. Aoust.	Confirm. des priviléges et de la liberté accordés aux habitants de la ville de Joinville.
—	1357. Fév.	Lettres données par Charles, fils et lieutenant du roy, en faveur des habitants de Villefranche en Périgord, art. 4.
—	1362. Oct.	Confirm. des priviléges des habitants de Prissey près Mascon, art. 7.
—	1362. Fév.	Confirm. des priviléges des habitants de Saint-André, art. 5.
—	1366. Juin.	Coutumes de Verneuil, art. 5.
Charles V.	1370. May.	Priv. acc. à la ville de Millaud-Rouergue, art. 5.
—	1371. May.	Priviléges accordés à la ville de Peyrusse en Rouergue, art. 19.
—	1376. May.	Confirm. des priviléges accordés par Thibaud, comte de Champagne, aux hab. d'Ervy, 13.
Charles VI.	1381. Juill.	Confirm. des priviléges accordés aux habitants de Briançonnois par le dauphin Humbert II.
—	1389. Nov.	Priviléges accordés aux bourgeois de Eyrieu.
—	1391. May.	Conf. des priv. des hab. de la ville de Vienne.
—	1392. Sept.	Conf. des priv. accordés aux hab. de Montolieu.
—	1394. Aoust.	Priviléges accordés à la ville de Figeac.
—	1395. Janv.	Priviléges accordés aux habit. de Montfaucon.
—	1396. Aoust.	Conf. des lettres par lesquelles le dauphin Jean accorde des priviléges aux habitants du lieu nommé Villa-Nova de Cogners.
—	1397. Sept.	Conf. des priviléges accordés par plusieurs dauphins aux habit. de Beauvoir en Royanois.

[2] 1350, 5 avril, à Paris. — Ordonn. contenant plusieurs règlements en faveur des habitants de Normandie.

[3] 1356, mars, à Paris. — Lettres qui confirment celles du duc de Bourbon, par lesquelles il avait créé des consuls dans la ville de Saint-Gemy.

teraient pas, et que Charles VI confirmait quelques années plus tard [1].

Nous ne poursuivrons pas cette étude de nos priviléges à travers la Champagne, le Languedoc, la Bourgogne, l'Auvergne et toutes les provinces qui composent aujourd'hui la France: nous verrions se reproduire, sans nouvel enseignement et avec une monotonie dont on aurait déjà le droit de se plaindre, les mêmes prescriptions, les mêmes défenses et des garanties qui puisent une singulière force dans leur unanimité frappante en un pareil temps. Il nous suffit de constater que l'impulsion qui fait mettre au moyen âge ce droit au premier rang de nos priviléges n'a pas eu une origine unique; ce ne sont ni les communes ni les rois qui peuvent en revendiquer à eux seuls le mérite. Les bourgeois par leur réaction contre le pouvoir féodal, les princes quelquefois par ambition, souvent par un véritable esprit de justice contribuèrent à faire inscrire cette liberté dans nos chartes. Écrite à chaque page de nos coutumes, confirmée par le pouvoir royal, venue de tant de sources et ayant acquis une telle force, qui aurait douté qu'elle dût vivre sur un sol où elle était si profondément enracinée? Le XVe siècle nous apprendra comment les principes qui avaient régénéré la justice criminelle sous le règne de saint Louis, exagérés dans leurs conséquences, égarèrent les meilleurs germes et durant trois siècles en perdirent la trace. GEORGES PICOT.

(*La suite prochainement.*)

[1] Charles VI, 1297. — Lettres confirm. de celles du dauphin Jean, qui portent qu'on ne pourra arrêter prisonniers les habitants du Briançonnois que dans les cas de certains crimes graves qui sont spécifiés.

BIBLIOGRAPHIE.

PHILOSOPHIE POLITIQUE DE L'HISTOIRE DE FRANCE.

ÉTUDE CRITIQUE SUR LES PUBLICISTES CONTEMPORAINS, par M. BERTAULD, professeur à la Faculté de droit de Caen. — 1 vol. in-8°. Paris, Didier.

Compte rendu par M. DE VALROGER, avocat, docteur en droit.

M. Bertauld avait publié il y a quelque temps *une introduction à l'histoire des sources du droit français*, dont j'ai rendu compte dans ce recueil. L'année qui vient de finir a vu paraître un autre livre dû à sa plume sur la philosophie politique de notre histoire. Ce titre indique assez que l'auteur n'entre pas dans le récit des événements ; il s'élève dans une région supérieure pour étudier les causes, les effets, le caractère des époques, et saisi, par ce moyen, ce qu'il y a de plus intime et de plus profond dans toute science, sa philosophie.

L'auteur se justifie, en commençant, d'aborder un tel sujet : « A quel titre un légiste peut-il toucher à ces matières ? En « quoi et comment peut-il les rattacher à la science des lois ? » M. Bertauld répond avec une grande justesse « que l'étude du « droit privé et l'étude du droit public ne sauraient être sé- « parées. » Mais avec la réserve d'un esprit trop éclairé pour ne pas apprécier toute la difficulté des problèmes qu'il va toucher, il annonce qu'il veut moins exposer ses idées que passer en revue les controverses engagées sur les conclusions à tirer de notre histoire. Il s'agit, dit-il, d'un sorte d'enquête sur les principales questions qu'elle soulève, et sur les solutions diverses que ces questions ont reçues dans des camps opposés. « On « dirait au Palais qu'il s'agit d'un travail de rapporteur. » Mais un rapport bien fait tranche souvent les questions, et juge d'avance la cause.

L'ouvrage de M. Bertauld touche à une foule de choses. Il ne remonte pas jusqu'à des temps reculés; mais les faits capitaux de notre histoire, dans les temps modernes, les grandes figures qu'elle met en scène, les courants d'idées aux différentes époques s'y déploient successivement. L'auteur fait ressortir les

appréciations souvent contraires que ces choses ont inspirées, et relève d'une manière piquante le contraste de certains jugements amers et chagrins avec l'optimisme d'autres écrits. Je serais entraîné trop loin si j'entrais dans le détail. C'est seulement l'esprit général de l'œuvre que je voudrais en dégager.

M. Bertauld dépeint à grands traits la marche de nos institutions anciennes, qu'il caractérise fortement. Ce qui en ressort, c'est un progrès constant vers l'unité, et aussi vers l'égalité. La liberté politique n'eut point la même fortune. La constitution vicieuse des états généraux en fit des assemblées tantôt insignifiantes, tantôt révolutionnaires. Le pouvoir dont les parlements s'emparèrent plus tard manquait de racines. Il fit par moments obstacle au mal, quelquefois au bien, et finit par ouvrir la porte, sans qu'on le voulût, à une révolution.

Quelle conséquence faut-il tirer de cette histoire? « Ma con-« clusion implicite secrète serait-elle que notre histoire nous « inflige quelque incapacité qui écarte de nous la liberté poli-« tique? Aurais-je préjugé que nous sommes impropres à l'exer-« cice de la souveraineté? » M. Bertauld repousse une telle pensée. Quel est donc son jugement? En rapprochant différentes parties du livre, j'y démêle quelques idées capitales qui me semblent en exprimer la vraie *philosophie*.

1° La liberté politique paraît à M. Bertauld être moins un but qu'un moyen. Le vrai but de la société, c'est d'assurer la liberté civile, c'est-à-dire le libre développement des facultés individuelles. La liberté politique est surtout le moyen de garantir cette liberté première et supérieure.

2° M. Bertauld ne reconnaît même pas que la liberté politique, c'est-à-dire le droit de participer au gouvernement de la société, soit pour tous ses membres un droit naturel. La participation de tous au gouvernement, qui a pris le nom de suffrage universel, peut être une excellente chose dans tel état de civilisation; mais il y a là une question de temps et d'opportunité.

3° M. Bertauld pense enfin que la liberté politique est susceptible de revêtir des formes très-diverses, et il estime qu'on a communément attaché trop d'importance à ces formes en réduisant presque le problème social à la réussite de certaines combinaisons constitutionnelles. Ainsi le gouvernement anglais, dont on s'est épris, ne lui semble pas un type dont il n'y ait qu'à poursuivre partout l'imitation. Les formes convenables de

la liberté politique dépendent du temps, des mœurs, du génie des peuples et de l'état des choses à une époque donnée. L'essence de la liberté politique ne consiste pas dans le triomphe de telle ou telle forme spéciale, mais dans l'influence de l'opinion publique sur le gouvernement de la société. Là où cette opinion ne pèse pas sérieusement sur le pouvoir, la liberté politique n'existe pas, quand même certaines institutions en simuleraient l'apparence; là, au contraire, où l'opinion publique tempère le pouvoir, on est fondé à dire que la liberté politique existe, même en l'absence d'institutions qui peuvent la servir, mais qui après tout ne la constituent pas.

Voilà les conclusions qui ressortent du livre de M. Bertauld, si toutefois je saisis bien sa pensée, car elles s'y produisent avec la réserve que lui dictait le rôle de rapporteur qu'il s'est donné. Il résume les controverses, pèse le pour et le contre, remet l'appréciation au lecteur. Mais M. Bertauld est un de ces rapporteurs habiles qui suggèrent le jugement, et font d'autant mieux prévaloir leur idée qu'ils évitent de l'imposer, laissant ainsi à chacun l'illusion flatteuse de s'être formé par lui-même sa conviction.

Je ne suis pas assez autorisé pour essayer aussi de suggérer au lecteur le jugement à porter sur des questions aussi délicates; mais j'aurai rendu service à ceux à qui ces quelques lignes inspireront le désir de faire plus ample connaissance avec un livre très-remarquable, où l'on trouve une revue rapide de notre histoire, l'analyse animée des systèmes auxquels elle a donné lieu, un style sobre et nerveux, souvent des touches très-fortes, et partout l'empreinte d'un esprit élevé, large et généreux.

L. M. DE VALROGER.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

BIBLIOGRAPHIE.

ANNALI DI DIRITTO TEORICO PRATICO,

Publiés par M. Luigi CAPUANI, professeur de droit romain et de droit civil à Naples. — 1855-1858, 5 vol [1].

Compte rendu par M. J. BERGSON, docteur en droit.

La France semble, de temps en temps, se reposer dans sa brillante et glorieuse *initiative* et faire des *haltes* dans ses mouvements en avant sur les voies inconnues de la civilisation. Habituée depuis trois siècles, depuis François Ier ou l'époque de la Renaissance, à donner le ton à l'Europe, tantôt dans les jeux de la politique ou, pour nous servir do l'expression de l'homme d'État d'un régime déchu, « dans les jeux de la force « et du hasard, » tantôt dans les jeux paisibles des arts et des sciences (les jeux Néméens ou Olympiques de la Grèce), la France ne semble pas toujours avoir suffisamment tenu compte des progrès des nations qui l'entourent et s'être laissé quelquefois déborder par des nations voisines.

Ainsi il est bien établi aujourd'hui que la base fondamentale de son régime hypothécaire (foncier) de 1803, le droit de transcription, a été, selon l'heureuse expression d'un illustre Magistrat, le résultat *d'un malentendu*. Ainsi sa législation commerciale de 1807 a *trop* emprunté aux belles ordonnances de 1673 et de 1681. « Les principaux défauts du Code de com- « merce, disait en 1840 le vétéran de Heidelberg, tiennent à ce « que ses rédacteurs se sont *trop* attachés à suivre l'ordonnance

[1] Cet important recueil a été fondu en 1858 dans un autre recueil.

« de 1673 : ils n'ont pas assez tenu compte des progrès im-
« menses que le commerce a faits depuis Louis XIV[1]. »

Le régime douanier, s'il nous est permis de faire cette digression, longtemps le plus restrictif peut-être de l'Europe (après celui d'un autre empire), remontait à l'époque où le grand ministre de Louis XIV fondait le régime industriel et colonial de la France. C'est ce que le ministre de Pie IX, *assassiné en 1848 dans les rues de Rome*, constatait dans un célèbre mémoire. « La société nouvelle, disait-il en 1838, commence à ne plus se sentir complétement à l'aise dans les limites posées par nos Codes; » ou, selon l'expression du regrettable M. Laferrière, « la loi civile ne répond pas avec exactitude aux faits économiques de la société. » Le commentateur ajoute : « La législation, depuis cette époque, obéissant aux vues de la philosophie du droit, a apporté au Code civil (Napoléon), au Code de procédure, au Code de commerce, des modifications ou des additions qui ont mis nos Codes plus en harmonie avec la situation économique, et qui ont protégé les intérêts de l'industrie et du commerce sans porter atteinte au caractère agricole de la France, le plus ancien et le plus grand de ses intérêts. (*Essai*, II, 415, 417.) »

Avec ce système nous courons un risque qui, il y a une vingtaine d'années, menaçait la fière Albion, celui de perdre notre prestige moral en Europe. Elle aussi, elle était la première des nations industrielles : elle s'était habituée à fournir ses produits de coton et de fer à toute l'Europe. Mais, loin de s'endormir dans une trompeuse sécurité, elle s'était aperçue à temps que les nations de l'Europe, peu favorables à l'autocratie, au pouvoir absolu, sous quelque forme qu'il se produise, travaillaient à s'affranchir de leur vasselage industriel. Son grand ministre, son Richelieu *tory*, réforma la législation douanière de Cromwell, et la France, la France impériale, revisa les tarifs de Colbert pour conclure avec sa rivale maritime d'outre-Manche le traité du 23 janvier 1860.

Nous pouvons citer un autre exemple. Il y avait un temps où tout habitant d'un pays, soit étranger, soit regnicole, pouvait porter ses contestations devant les tribunaux de ce pays; seule

[1] V. *Concordance des Codes de commerce*, par feu M. Anth. de Saint-Joseph, 2e édition, page 8; Revue Fœlix, VII, 352; VIII, 109; XV, XVI, 419.

la France, persistant dans un système arriéré de plusieurs siècles, interdisait aux étrangers établis sur son territoire l'accès des tribunaux français. Il advint de ce système d'exclusion que les nations voisines, désespérant de trouver justice dans leurs différends devant les tribunaux français, ont usé, par une espèce de *décret de Milan*, de représailles, nous enfermant dans un cordon de décrets de rétorsion qui, nous n'en doutons plus, finiront par produire l'effet désiré et feront renoncer la France à un système, si peu en rapport avec les développements qu'ont pris, en ces dernières années, les relations internationales.

S'il y a une nation dont le mouvement, dans la carrière de la jurisprudence, comme dans celle des sciences et des arts, ne doive pas échapper à l'attention de la France, c'est assurément l'Italie, la belle Italie, notre sœur aînée, notre sœur latine et notre institutrice dans tout ce qui créa la *civilisation moderne*. Nous avons généreusement payé notre dette envers l'Italie, qui nous avait donné, au moyen âge et à la renaissance, le droit romain, le droit canon, le droit lombard (féodal), le droit commercial, enseignés et préparés par les écoles de Bologne et de Pavie, en lui communiquant notre immortelle législation. Le Code Napoléon, entre les mains des jurisconsultes italiens, a reçu le *baptême classique*. Aux descendants des Papiniens et des Ulpien, comme des Bartole, des Accurse, des Barole, des Bulgare, est échue la glorieuse mission, reprenant la méthode exegético-philologique des XIIIe et XIVe siècles, l'alliant à la méthode historique de la grande école française du XVIIe siècle, de réaliser, suivant les belles paroles du regrettable M. Laferrière, « l'alliance du droit avec la philosophie et l'histoire (*una sintesi fra la giurisprudenza, la filosofia, la storia e la poesia*). »

Il s'est formé en Italie une jurisprudence parallèle à la nôtre, qui, marquée au coin de l'histoire et de la philosophie, mérite de fixer nos regards.

Naples, l'heureuse et belle Parthénope, la patrie des Vico, des Gioja, des Lampredi, des Galieni, un peu négligée en ce moment par le nord victorieux, reprendra peut-être dans ce mouvement la place légitime que lui assurent le génie de ses enfants, son éternel printemps, sa position privilégiée.

Cet attachant *Recueil*, avec sa division *tripartite : dottrine*, *storia* (*bibliografia*), *giurisprudenza*, présente dans ces cadres si variés un intérêt constant. Articles de fonds originaux ou

traductions (d'auteurs français et allemands), recherches historiques, comptes rendus des ouvrages récents les plus importants, examen doctrinal d'une jurisprudence qui n'a d'autre fondement que nos lois françaises éclairées au flambeau de la philosophie et de l'histoire, les deux branches cultivées en tout temps par les jurisconsultes napolitains, héritiers des Papinien et des Ulpien, avec une prédilection remarquable ; rien ne manque dans ce riche *Recueil*, que d'autres, dont nous parlerons ci-après, sont venus remplacer.

Pour donner une idée de l'esprit de ce *Recueil*, qui, nous aimons à le constater, rend un compte très-exact de notre *Revue* et donne de fréquentes traductions de ses travaux les plus remarquables[1], nous choisissons une matière avec laquelle nous avons cherché à nous familiariser. Nous voulons parler de l'article du directeur du *Recueil*, M. Capuani, professeur de droit romain et de droit moderne à l'École de droit, relatif à l'*exécution des jugements étrangers dans le royaume* (vol. III, 1857, p. 317, 389).

La dissertation de M. Capuani commence par un examen historique de la question. Voici quelques-uns des textes les plus importants :

Extra territorium jus dicenti impunè non paretur (2, Dig., II, 3).

Peregrina judicia generali sanctione prohibemus (Capit. Caroli M., Walter, *Corpus juris germ.*, II, 743).

Etiam jure nostro, sententia quæ data est unâ provinciâ, exsequi non potest in aliâ nisi princeps jubeat (Cujas, *Comment. ad L.* 38, Dig., V, 1).

Voici maintenant les dispositions de la sœur aînée de l'ordonnance de 1628, qui, par une antique parenté, se rattache à une pragmatique de Ferdinand d'Aragon, du 24 avril 1473.

Non potersi le sentenze straniere in generale mandare ad esecuzione senza nostra scienza e licenza.

Qualsivoglia provvisione che venga fuor del regno non si

[1] *Des conditions impossibles dans les dispositions à titre gratuit*, par M. Troplong; trad. par l'avocat de Concillis, I, 311. — *Du droit des tribunaux et de la Cour de cassation d'interpréter leurs sentences*, par M. Nicias Gaillard; trad. par Arlia, IV, 316. — *De l'application de la maxime « que le juge de l'action est aussi le juge de l'exception, »* par M. F. Hélie; trad. par Arlia, IV, 390.

può eseguire senza nostra scienza *e* licenza, *le quali sono in* viridi observantia etiam *quanto alle provvisioni e privilegia di Sua Maestà Cesarea.*

Nulla nobis indè super his petita atque obtenta licentia, immo absque nostræ Majestatis conscientia (Pragmat., 3 avril 1540).

Non esse concedendum brachium prædicto imploratum absque causæ cognitione *in quâ habeatur ratio quæ de jure habenda erit de reconventione forsan facienda* (Pragmat., 23 m. martis 1623, 82, *De offic. sacri R. Consilii*).

La Cour de cassation de Naples a été appelée, à quatre reprises, à statuer sur la question.

La première fois il s'agissait de l'exécution d'un arrêt de la Cour royale de Paris, du 2 avril 1819. La Cour d'appel, à Naples, avait motivé son arrêt sur les considérations suivantes :

1° Sur ce que le jugement était un contrat judiciaire (*contestatio litis origo judicii : finis, judicium sive sententia*).

2° Le système qui veut que le tribunal du royaume juge la cause jugée déjà à l'étranger comme si ce jugement n'existait pas, n'a en sa faveur ni l'opinion des auteurs, ni les principes de la loi écrite ou romaine.

3° Ce système refuse à ce jugement étranger l'autorité de la chose jugée, et tend ainsi à frustrer l'étranger demandeur de la justice, en le soumettant à la nécessité de subir un nouveau jugement.

4° Il est en opposition avec le principe de la compétence, tracé par l'article 15 du Code de procédure.

5° Il rend stérile la sentence étrangère qui, seule, pouvait valablement être admise dans le litige.

6° Il est en contradiction avec les règles du droit international, en refusant à l'étranger la protection des lois fondées sur la *Comitas gentium.*

7° Il est contraire aux principes de la juridiction territoriale, le jugement étranger n'étant pas exécutoire par lui-même, et seulement autant qu'il n'est pas contraire aux lois du royaume, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

La Cour de cassation de Naples, par arrêt du 25 avril 1825, sous l'influence sans doute du célèbre arrêt de Gênes de 1810, décida que la cause devait être jugée *ex integro,* comme si la sentence étrangère n'existait pas.

Mais, par arrêt du 16 novembre 1845, la même Cour, reve-

nant sur le système par elle précédemment adopté, limite le pouvoir du tribunal indigène à la faculté d'examiner si le jugement étranger ne contenait rien de contraire aux principes de la souveraineté de l'État et au droit public. Par un arrêt postérieur (1847), la Cour suprême, il est vrai, revient de nouveau sur le système de 1845, en décidant que la cause devait être, non-seulement examinée au point de vue du droit public, mais aussi du droit civil. Mais dix ans plus tard, dans son arrêt du 12 juillet 1856, la Cour semble vouloir s'arrêter définitivement aux seuls vrais principes de la matière, qui sont ceux de l'arrêt de 1815 et de l'arrêt de la Cour d'appel de Naples du 19 juillet 1819, à savoir que le jugement étranger doit être déclaré exécutoire, s'il ne contient rien de contraire à l'ordre public, aux lois du royaume et aux bonnes mœurs (V. notre *Droit internat. public*, IV, p. 83, 84-86). J. BERGSON.

CHRONIQUE.

CODE GÉNÉRAL DE COMMERCE POUR L'ALLEMAGNE.

Le livre Ier du projet de Code de commerce, tel qu'il est sorti des délibérations de Leipzig, de Hambourg et de Nuremberg, publié dès à présent dans deux des principaux États de la Confédération, en Prusse et en Bavière, contient sept titres relatifs aux commerçants et aux rapports commerciaux. Ces titres traitent notamment, 1° des commerçants, 2° des livres de commerce, 3° des raisons de commerce, 5° des mandataires commerciaux, 7° des courtiers de commerce (*Sensal*).

La définition du commerçant est conforme à celle de notre Code de commerce. Les dispositions relatives aux commerçants s'appliquent aux sociétés commerciales, notamment à celles qui ont pour objet des opérations commerciales.

Les femmes qui exercent le commerce sont considérées comme commerçantes, et leurs droits et devoirs sont fixées par le Code. Elles jouissent de tous droits et prérogatives du commerçant et ne peuvent invoquer aucun privilége de sexe;

elles sont également toujours soumises à la contrainte par corps.

Le Code général, en abrogeant les dispositions contraires du Code prussien, dispose que les droits et obligations sont les mêmes, sans distinction du cas où la femme commerçante exerce le commerce seule ou en société, en personne ou par un mandataire.

La femme commerçante doit être autorisée par son mari; elle est reputée suffisamment autorisée, lorsqu'elle fait le commerce au vu et sans l'opposition de son mari. Tous ses biens sont affectés à ses engagements commerciaux, sans égard aux droits d'administration accordés au mari.

La femme commerçante, mariée ou non, peut ester en justice.

Le titre 2 du livre Ier traite des registres de *commerce*, confiés à l'égal des registres *fonciers*, à la direction et à la surveillance permanentes des tribunaux, registres tenus à jour et où doivent être inscrites, par ordre de dates, toutes les mentions prescrites par le Code.

L'intérêt du commerce exige notamment que certaines *opérations* commerciales soient livrées à la publicité, en sorte qu'elles ne restent ignorées de personne, à moins d'empêchements graves. Ces opérations, destinées à la publicité, se rapportent notamment à tous les établissements et à tous les changements de nature à intéresser le commerce et à fournir des renseignements suffisants sur ceux avec qui l'on veut entrer en relation, telles que l'adoption d'une raison sociale, les procurations, etc. Le Code indique les publications qui doivent être faites dans ces registres et punit les omissions de peines disciplinaires.

Ces registres sont publiés et peuvent être consultés par chacun. Tous les actes transcrits dans ces registres doivent, sans exception, être transcrits intégralement dans les feuilles publiques.

Le titre 3 traite des *raisons de commerce*. Il définit la raison de commerce celle, sous laquelle une personne se livre aux opérations commerciales et donne sa signature. Le public doit avoir la possibilité de savoir qui la raison commerciale représente et engage. La personne et l'étendue du capital dont elle dispose en tout ou en partie, fondent et maintiennent le crédit d'une maison. Des raisons arbitrairement choisies contribueraient à induire le public en erreur.

Une des premières lois à soumettre à la législature prus-

sienne, convoquée pour le 14 janvier, sera celle relative à l'organisation des tribunaux de commerce. Ce projet est d'autant plus opportun, que le Code de commerce général allemand doit, en vertu de la loi de promulgation, entrer en vigueur avant le premier mars prochain.

Les tribunaux de commerce existaient depuis 1847 dans les anciennes provinces de la monarchie prussienne, mais ils différaient essentiellement de ceux établis dans les provinces rhénanes. (Loi du 23 avril 1847; Revue Fœlix, XIV, 563.)

DU PROJET DE LOI

PORTANT

MODIFICATION DE PLUSIEURS DISPOSITIONS DU CODE PÉNAL.

Par M. Faustin Hélie.

Je sais que la loi pénale n'est point immuable. Si les principes fondamentaux sur lesquels elle repose ne varient pas, il n'en est pas ainsi de l'application qui en est faite aux actes qui se produisent chaque jour. Elle suit les mouvements de ces faits, les changements des mœurs, les progrès de la civilisation, la marche des institutions politiques. Elle proportionne ses forces aux résistances qu'elle rencontre. Elle étend ou circonscrit ses pénalités; elle les aggrave ou les modère suivant que les infractions présentent plus ou moins de péril à la paix publique, qu'elles se multiplient ou décroissent, que la répression en est plus efficace ou moins assurée.

Mais il ne suit pas de là qu'il soit bon de la changer et d'en remanier incessamment les incriminations et les châtiments. Les actions humaines se renouvellent et s'écoulent, comme les eaux du fleuve, sur le même sable et dans le même lit; elles conservent, dans leur cours continu, les mêmes formes et les mêmes reflets ; il est rare qu'elles franchissent les digues qui les contiennent, et qu'elles débordent sur un sol nouveau. Il est plus rare encore que des faits qui n'avaient pas paru assez graves pour inquiéter l'ordre social, trompant tout à coup la prévoyance du législateur, prennent un autre caractère et passent à travers les mailles serrées de ses incriminations. Les causes de la criminalité, qui vivent au fond de la société, peuvent, je le crois fermement, modifier leur action; mais comme elles tiennent, d'une part, aux passions et aux vices de l'homme, et, de l'autre, aux conditions matérielles de son existence, il s'ensuit que leur modification est lente, qu'elle parcourt des degrés infinis, et qu'elle ne peut être saisie qu'après de longues années. Ce n'est donc qu'à de longs intervalles que la loi pénale peut s'enquérir des changements des mœurs pour changer ses propres dispositions.

Et puis, quoiqu'elle ne soit point immuable, elle doit cependant garder en elle-même un certain caractère de fixité. Elle contient, en effet, la sanction des principales règles de la morale publique; elle trace la ligne qui sépare les obligations et les droits des individus; elle définit les choses qu'elle protége et les actes qu'elle défend. On ne concevrait pas qu'on pût, si ce n'est à raison de besoins nouveaux de la société, toucher à toutes ces règles, qui sont des règles de conduite, qui dominent toutes les actions de la vie civile, et qui sont d'autant mieux obéies qu'elles sont plus invariables. Il est évident que la loi pénale, si ses prescriptions étaient souvent mises en question, n'aurait plus la même autorité; elle semblerait le résultat d'une convention qui peut être modifiée par une convention successive, tandis qu'elle est l'application d'un droit social qui est aussi inébranlable que la société elle-même.

Alors même qu'on ne touche qu'à quelques points de cette législation, il y a quelque chose de grave encore à modifier les définitions des faits punissables, à joindre aux incriminations pénales d'autres incriminations, à changer les proportions établies entre les infractions et les châtiments. Il y a quelque chose de grave à donner à des actes moraux un nouveau caractère, à poser une nouvelle limite, non pas entre les actions honnêtes et les actions immorales, mais entre les actions immorales que la loi saisit parce qu'elles troublent l'ordre extérieur et celles qu'elle ne peut et ne doit pas saisir, soit parce qu'elles n'apportent qu'un désordre infime, soit parce que la poursuite, en pénétrant dans les transactions ou dans la vie privée, aurait plus d'inconvénients que l'impunité. En déplaçant la limite de la responsabilité individuelle, en assignant au jugement une base nouvelle, même à l'égard de quelques faits seulement, on touche aux choses de la conscience; car pourquoi ces faits, permis jusqu'ici et tout à coup punis? pourquoi, à raison des mêmes actions, hier une peine afflictive et infamante, aujourd'hui une peine correctionnelle? pourquoi, dans l'application des mêmes peines, ces variations successives du maximum ou du minimum? Si les faits nouveaux doivent être punis, comment ne l'étaient-ils pas jusqu'à présent? Si la valeur morale des autres faits n'a pas changé, comment expliquer cette mobilité du tarif pénal? Est-ce une nouvelle appréciation de la conscience sociale, une étude plus approfondie du caractère et

du péril de ces actes, une conséquence imprévue de la marche des mœurs publiques ?

Ce n'est donc qu'avec une extrême réserve que le législateur doit innover en cette matière. Il doit établir, comme il le reconnaît d'ailleurs lui-même aujourd'hui, « l'intérêt et l'urgence » des modifications qu'il apporte. Il faut que les faits nouveaux qui motivent ces modifications soient constatés et étudiés, que l'insuffisance ou la sévérité trop grande des pénalités adoucies ou fortifiées soit vérifiée, que l'enquête morale qui a précédé et provoqué les innovations révèle tous les renseignements qu'elle a recueillis. Il ne suffit pas que la jurisprudence ait signalé quelques imperfections de la loi ; car, comme le disait M. le garde des sceaux dans le compte rendu de la statistique de 1856, « la loi, quelque parfaite qu'elle soit, ne pourra jamais tout régler ni tout prévoir. » Elle sera toujours, sur un point ou sur un autre, incomplète et défectueuse, et l'inconvénient d'y toucher est souvent pire que l'imperfection elle-même. Il ne suffit pas non plus que la pratique ait laissé entrevoir quelque débilité dans l'application de quelques dispositions ; car, à moins d'un remaniement perpétuel et d'une révision incessante des textes, il faut nécessairement que l'administration de la justice prenne son parti de quelques jugements regrettables qui se reproduiront toujours et qui sont comme une condition de la justice humaine.

Cette réserve est d'autant plus nécessaire que notre législation est codifiée. Si la forme d'un Code est très-commode pour la pratique, elle se prête difficilement aux changements et aux innovations. Il n'est pas aisé d'introduire dans une œuvre scientifique et compliquée, sans y jeter un certain désordre, une loi qui vient en modifier les actes et briser à demi des dispositions qui sont animées d'un autre esprit et qui se tiennent entre elles. Comment prévoir les contradictions qu'elle y jettera, les textes qui seront heurtés par le voisinage des nouveaux, les règles diverses qui se débattront? Cette difficulté, qui est le résultat de la méthode invariablement suivie d'incorporer dans chaque Code toutes les lois qui viennent successivement le modifier, est plus grave et grandit à mesure que les années s'accumulent, parce que chaque année le consolide et le cimente avec l'alluvion des arrêts qui font en quelque sorte partie de ses textes, parce que la pratique et la jurisprudence

s'y adaptent de plus en plus et qu'il faut de plus gands efforts pour les en détacher. On ne comprend pas assez combien l'incorporation d'une loi nouvelle dans un Code, surtout si elle se compose d'une longue série d'articles, y jette de confusion, et devient une source féconde d'erreurs et d'applications inexactes. La justice en supporte pendant longtemps les conséquences.

Or le projet qui vient d'être porté au Corps législatif était-il assez indispensable pour qu'on dût traverser toutes ces difficultés et remuer toutes ces questions? Vient-il pourvoir à des besoins nouveaux et impérieux de la société, remplir de graves lacunes de la loi pénale, raffermir une pénalité insuffisante? La perturbation qu'il apportera dans notre Code est-elle justifiée par des incriminations imprévoyantes et incomplètes, par une répression incertaine et ébranlée? Voilà ce qu'il importe d'examiner.

Notre Code pénal a été mis en activité le 1er janvier 1811; il a vécu déjà un peu plus d'un demi-siècle, et dans ce laps de temps il a subi deux réformes, l'une, étroite et mesquine, par la loi du 25 juin 1824; l'autre, plus large et plus habilement combinée, par la loi du 28 avril 1832. Ces deux lois, animées d'un même esprit, quoique dans une mesure différente, ont eu pour objet d'atténuer des peines que leur excessive sévérité avait rendues inapplicables, et d'assurer par là une répression devenue de plus en plus difficile. Elles ont pleinement rempli leur mission; les peines, mieux proportionnées aux délits, ont été appliquées plus facilement; les condamnations, qui ne blessent plus la conscience du juge, sont devenues plus assurées parce qu'elles peuvent être justes. La justice pénale, depuis la loi du 28 avril 1832, n'a cessé d'être administrée, non-seulement avec intelligence et mesure, mais avec fermeté. Tous les comptes rendus de la statistique l'attestent hautement.

Quel est donc le but de la loi nouvelle? quelles lacunes vient-elle remplir? quels changements apporte-t-elle à notre système pénal? On doit reconnaître avant tout l'esprit de modération dans lequel elle est conçue. Assurément les provocations n'ont pas manqué pour la faire sortir de cette voie. Les écrits s'étaient multipliés à ce sujet depuis quelques années. On criait bien haut qu'il fallait fortifier les digues de la répression contre les flots menaçants de la criminalité. Les uns demandaient que

tous les crimes passibles de la peine de la reclusion fussent enlevés au jury et transférés aux juges correctionnels; les autres voulaient qu'il n'y eût plus de Cours d'assises qu'aux chefs-lieux des Cours impériales, et que leur compétence fût réduite aux crimes capitaux; les autres s'en prenaient à la déclaration des circonstances atténuantes, qu'ils proposaient d'attribuer soit aux juges chargés de l'instruction, soit aux juges de la Cour d'assises, ou dont ils prétendaient exclure certaines catégories de prévenus. Aucune de ces conceptions, qui témoignaient plus de zèle que d'intelligence des conditions de la justice pénale, n'a été accueillie. Les modifications projetées se bornent à la rectification ou à l'introduction de quelques incriminations, au changement de quelques qualifications, à l'aggravation de quelques pénalités.

Le premier sentiment que l'on éprouve, en parcourant les dispositions du projet, est une sorte d'étonnement de leur médiocre importance. Faut-il bouleverser le Code, même pour y introduire quelques améliorations de détail, si ces améliorations, d'ailleurs, on le verra tout à l'heure, contestables, sont purement secondaires? Que si le moment était venu de procéder à une réforme, n'était-il pas possible de la faire porter sur des points plus importants? n'était-il pas facile de trouver, soit dans le système des incriminations du Code, soit dans le système et le mode d'exécution des peines, des vices plus grands et auxquels il était plus utile de remédier? Cependant, on ne peut s'y méprendre, si les modifications proposées sont d'un intérêt secondaire, si elles n'attaquent ni les règles générales du Code ni la compétence des juridictions, elles ne sont plus inspirées par l'esprit qui a produit les lois des 25 juin 1824 et 28 avril 1832; elles manifestent même un esprit en quelque sorte opposé; elles viennent, non plus modérer les dispositions trop rigoureuses du Code, mais en assurer l'application; non plus abaisser les barrières qui gênaient le pouvoir des juges pour l'atténuation des peines, mais relever quelques-unes des barrières abattues; non plus enfin introduire des distinctions équitables dans des dispositions trop absolues, mais ajouter aux anciennes prévisions de la loi des prévisions nouvelles. Il y a donc là, dans une mesure étroite à la vérité, un ensemble de mesures destinées à élever la somme actuelle de la répression

Le projet propose de modifier quarante-cinq articles du Code pénal. On peut diviser ces quarante-cinq modifications en trois catégories : les unes touchent aux incriminations, soit pour les ratifier, soit pour y ajouter ; les autres ont pour objet de faire descendre dans la classe des délits seize faits aujourd'hui qualifiés crimes ; les autres enfin modifient quelques pénalités et relèvent particulièrement le maximum de la peine d'emprisonnement à l'égard d'un certain nombre de délits. Il faut examiner ces trois faces de la loi.

Arrêtons-nous d'abord aux incriminations nouvelles.

Treize incriminations sont introduites par le projet, treize faits nouveaux jusques là inaperçus par la loi pénale, sont qualifiés délits. Ces incriminations sont-elles fondées, surtout sont-elles nécessaires? Il en est quelques-unes qui ne sont point assurément dénuées de fondement, mais de presque toutes on peut contester l'utilité. Je vais les parcourir rapidement.

La première incrimination du projet a pour objet de prévoir les faux commis dans les permis de chasse. Est-ce que la falsification de ces permis serait aujourd'hui impunie? Nullement, car l'altération de toutes les écritures émanées de l'autorité publique, quelque minime que soit le préjudice, rentre dans la classe des faux punissables. Je pourrais citer ici un grand nombre d'actes qui n'ont pas plus d'importance que les permis, et qui ont été rangés parmi les écritures publiques. Il est équitable sans doute d'assimiler ces actes, comme le fait le projet, aux passe-ports ou certificats, et d'abaisser la peine de la falsification à raison de ses conséquences peu graves. Mais puisqu'on n'étend pas cette atténuation à tous les actes qui ont à peu près la même valeur, et puisque le cas prévu est si rare qu'aucun arrêt n'a eu à statuer encore sur cette question, ne peut-on pas conclure que la disposition proposée n'a pas une grande urgence?

Après avoir introduit cette disposition dans l'article 153 du Code pénal, les auteurs du projet ont été amenés à examiner l'article 154, et l'ont trouvé incomplet. Ils y ont annexé un paragraphe ainsi conçu : « La même peine (un emprisonnement de trois mois à un an) sera applicable à tout individu qui aura fait usage d'un passe-port ou d'un permis de chasse délivré sous un autre nom que le sien. » C'était, dit l'exposé des motifs, « une lacune à remplir. » En effet, un arrêt du 9 juillet 1840 a décidé que cette application mensongère d'un passe-port véri-

table n'était point un délit. La loi pénale, qui punit toutes les falsifications des passe-ports, n'avait pas prévu cette fraude qui ne peut, comme l'affirme l'exposé des motifs, être bien fréquente, puisqu'il est impossible que le signalement d'un individu s'applique exactement à un autre. Et s'il ne paraît pas, d'ailleurs, que les conséquences de cette imprévoyance de la loi aient été graves, puisque, depuis vingt-deux ans que la jurisprudence est fixée sur ce point, l'administration n'a fait aucune réclamation, est-ce bien le moment d'ajouter cette nouvelle sévérité, lorsque de toute part l'institution des passe-ports est menacée par une locomotion de plus en plus multipliée et qui secoue toute espèce d'entraves?

Une addition analogue est faite à l'article 161, qui prévoit la fabrication des faux certificats sous le nom d'un officier public. On ajoute : « Si le certificat est fabriqué sous le nom d'un simple particulier, l'usage en sera puni de quinze jours à six mois d'emprisonnement. » La loi n'avait puni que la falsification des certificats des officiers publics : pourquoi? c'est que le danger de ces actes réside tout entier dans le caractère public de celui dont ils émanent; c'est l'autorité dont ils sont empreints qui peut être la cause d'un préjudice. L'altération d'une personne privée n'a qu'une valeur morale, car elle n'a pas d'effets nécessaires; si elle sert d'instrument à une escroquerie, elle est incriminée à titre de manœuvre frauduleuse; si elle ne favorise aucune tromperie, il est inutile de la punir. Il est fâcheux ensuite que, pour arriver à ce châtiment, on crée une exception à la règle générale en matière de faux, qui ne punit pas l'usage d'un acte faux sans incriminer la falsification.

Le projet fait ensuite une autre addition à l'article 174 qui prévoit les concussions des fonctionnaires publics. La question s'était élevée de savoir si cet article s'appliquait aux notaires, avoués et huissiers. Nous avions dit dans un commentaire, après avoir rappelé tous les textes qui se rapportaient à ce point de droit : « La conséquence de ces différentes dispositions pouvait être celle-ci : toutes les fois que l'officier exige un salaire supérieur à celui qui lui est alloué par le tarif, cette infraction n'est considérée par la loi que comme une contravention disciplinaire, et la peine doit être empruntée à la loi spéciale; mais lorsque au contraire ces officiers ont été chargés par la loi d'une perception ou d'une soulte quelconque, tels

que les commissaires-priseurs et huissiers dans les cas d'adjudication, les greffiers, en ce qui concerne les droits qu'ils perçoivent pour l'État, la perception illicite dont ils se rendent coupables a les caractères du crime de concussion. » Cette distinction est littéralement adoptée par le projet. « On a demandé, dit l'exposé des motifs, si l'article 174 doit s'appliquer aux officiers ministériels qui ont reçu des taxes supérieures aux allocations des tarifs, et la question a été diversement résolue : pour l'affirmative, on s'appuyait sur la rédaction si absolue de l'article qui semble, en effet, comprendre sans distinction tous les officiers publics et toutes perceptions de taxes, droits et salaires excédant ce qui était dû ; d'autre part, on faisait ressortir l'esprit de cette disposition qui a eu principalement en vue les fonctionnaires ou officiers qui sont chargés d'une recette publique. Des deux côtés on invoquait des textes dont quelques-uns semblaient autoriser l'un et l'autre système. Dans ce conflit des textes et des interprétations contraires, il s'est formé un avis mitoyen qui nous a paru concilier heureusement la lettre et l'esprit de l'article, et que nous proposons de sanctionner par cette disposition additionnelle : les dispositions du présent article sont applicables aux greffiers et officiers ministériels, lorsque le fait a été commis, à l'occasion des recettes dont ils sont chargés par la loi. » J'aurais mauvaise grâce à critiquer cette innovation. Je me bornerai à faire remarquer qu'elle a peut-être cessé d'être nécessaire aujourd'hui, attendu que la première jurisprudence de la Cour de cassation, que nous avons attaquée, s'est sensiblement modifiée : deux arrêts des 7 septembre 1838 et 12 septembre 1850 ont à peu près admis, sinon dans des termes aussi nets, au moins implicitement, la distinction proposée.

L'article 179 a également reçu une disposition complémentaire. L'article 177, qui s'applique au crime de corruption, punit le fonctionnaire qui, par offres ou promesses agréées, dons ou présents reçus, non-seulement aurait fait, mais se serait *abstenu* de faire un acte de ses fonctions. L'article 179, qui s'applique au corrupteur, ne prévoit que les offres et promesses qui ont pour objet d'obtenir un acte illégal et non celles qui ont pour objet d'obtenir l'abstention d'un acte légal. C'est qu'il avait paru difficile, dans le cas où le délit consiste dans un fait négatif, de remonter jusqu'au corrupteur. On peut constater la

provocation d'un acte illégal; il est plus difficile de saisir la provocation à l'inexécution d'un acte légal. Et puis le citoyen n'a pas les mêmes devoirs que l'officier; il est responsable quand il sollicite un acte injuste; il ne l'est pas au même degré quand il se borne à solliciter l'abstention d'un acte juste. Un prévenu de contravention, par exemple, fait des offres à l'agent qui a constaté sa faute pour qu'il s'abstienne de rédiger son procès-verbal, l'agent est coupable s'il agrée les offres; mais la culpabilité du prévenu, qui n'est lié par aucune fonction et qui ne veut que se soustraire à une poursuite, est-elle assez intense pour motiver l'application d'une peine? Notre Code avait sagement agi en écartant ce fait, et l'on peut ajouter qu'il est si rare que l'addition paraît superflue.

Le projet arrive ensuite aux outrages commis envers les dépositaires de l'autorité publique, et ajoute en passant deux dispositions nouvelles aux articles 222 et 224. L'article 222 ne punit que l'outrage par paroles; le projet ajoute « par écrit ou dessin non rendu public. » Cette incrimination complémentaire est-elle utile? Nous répétons ce que nous avons dit ailleurs : « L'outrage par paroles est une espèce de voie de fait; il peut acquérir de la publicité; il emprunte à la source avec laquelle il se produit une gravité plus ou moins intense. L'outrage par lettres n'a ni le même retentissement ni les mêmes caractères de gravité; l'injure reste ensevelie dans le silence, elle ne cause au fond aucun dommage. Si la lettre devenait publique ou si l'agent répétait la parole outrageante, l'article 16 de la loi du 25 mars 1822 la saisirait aussitôt pour la punir. Le même besoin de protection ne se fait donc pas sentir dans les deux cas; nous ajouterons enfin qu'il n'est peut-être pas exact de dire que les injures adressées à un magistrat dans une lettre restée secrète ne trouveraient dans la loi aucune répression; car l'article 376 comprend dans sa disposition toutes injures ou *expressions outrageantes*, et la Cour de cassation a jugé (arr. 10 novembre 1826) que cet article s'appliquait aux injures *écrites* comme aux injures *verbales*. »

L'article 224 a reçu une addition moins importante encore. Cet article punit l'outrage par paroles, gestes ou menaces à tout officier ministériel ou agent dépositaire de la force publique; on a ajouté « et à tout citoyen chargé d'un ministère de service public. » Cette formule, empruntée à l'article 228, a souvent

embarrassé la jurisprudence dans l'application de ce dernier article. Quel est son sens précis? Dans quels cas les citoyens sont-ils chargés d'un ministère de service public? La Cour de cassation n'a pas trouvé qu'il y eût lieu d'appliquer ce caractère mixte à d'autres agents qu'aux gardes forestiers, pendant qu'ils sont chargés de surveiller l'évacuation des lots de bois d'affouage (arr. 4 août 1826), aux gardes champêtres des communes, lorsqu'ils agissent pour l'exécution des arrêtés de l'autorité municipale (arr. 2 mai 1839), aux gardes des particuliers (arr. 16 décembre 1841), aux gardiens des maisons centrales (arr. 11 février 1842), aux surveillants-jurés de la pêche (12 mars 1842). Mais s'il est utile d'attribuer aux violences prévues par l'article 228 un caractère de gravité plus élevé que si elles étaient commises sur de simples particuliers, quand elles ont pour objet un de ces agents secondaires, en doit-il être ainsi quand il s'agit de simples injures verbales? Ces injures, qui deviennent un outrage quand elles s'adressent à un agent dépositaire de l'autorité publique, prennent-elles ce caractère quand elles s'adressent à un citoyen qui ne fait qu'exercer momentanément un acte de surveillance? La loi qui punit les injures envers les particuliers ne suffit-elle pas?

Le projet comble, dans les articles 309 et 310, une lacune que nous avions indiquée. Nous avions dit : « Le système du Code peut donner lieu à une critique fondée. Supposons que les coups et blessures n'aient pas occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours, mais que, par suite de ces violences, la victime demeure privée d'un de ses membres ou mutilée. Dans la théorie du Code, l'auteur de cette mutilation ne subira qu'un emprisonnement correctionnel; or cette peine n'est-elle pas trop faible, lorsque la seule incapacité de travail pendant plus de vingt jours est punie de la reclusion? N'est-il pas évident que la personne maltraitée éprouve un préjudice plus grave d'une mutilation ou même d'une blessure qui laisse une trace perpétuelle et qui la défigure, que d'une maladie momentanée? La loi semble ici se contredire elle-même; elle s'est trompée sur les signes qui révèlent le mal matériel; elle a pris l'un de ces signes comme base d'une règle générale, tandis qu'il n'indique que dans certains cas une souffrance plus grave. » Je ne me plains pas que cette observation ait été ac-

cueillie; je demande seulement pourquoi la réforme ne s'est pas étendue à la fois à tout le système d'incrimination des coups et blessures volontaires. Des motifs bien plus graves provoquaient, dans les mêmes articles, d'autres modifications. Pourquoi celle-là seulement? Elle n'avait cependant aucune urgence, puisque la perte d'un membre ou d'un organe, qui est une blessure grave, rentre nécessairement dans les termes de la loi actuelle, et que la peine n'a pas été aggravée quant à son intensité. On comprend ces retouches lorsqu'on refond un Code tout entier pour le perfectionner; on ne les comprend plus dans un projet qui, par son objet limité, doit se borner à modifier les points les plus urgents.

Le projet contient encore quatre additions qu'il introduit dans les articles 331, 345, 400 et 434; car on ne doit pas considérer comme une modification véritable la rectification d'une anomalie de texte qui existe entre les articles 382 et 383, relativement aux vols avec violence, et que la jurisprudence a depuis longtemps effacés. On substitue dans l'article 331, relatif aux attentats à la pudeur sans violence, l'âge de douze ans à l'âge de onze ans. La loi du 28 avril 1832, qui a introduit cette incrimination, avait pensé qu'on ne pouvait étendre la présomption de la violence morale à un âge supérieur à celui de onze ans révolus, parce que l'enfant au delà de cet âge a l'intelligence de l'action qu'il commet et peut se défendre. Je ne connais pas de faits qui soient venus déclarer l'inexactitude de cette limite. On doit rendre hommage à la pensée morale qui, pour protéger l'enfance contre d'odieux attentats, veut en prolonger la durée; mais il faut prendre garde qu'on touche ici à l'un des problèmes les plus délicats de la criminalité, puisque ce délit consiste tout entier dans une présomption de contrainte morale, et que cette présomption est étendue à l'âge où la volonté peut se manifester. Quoi qu'il en soit, on peut répéter ici encore qu'assurément cette modification n'avait aucune urgence.

L'article 345 prévoit le crime de suppression de part, ou en d'autres termes de suppression de l'état civil d'un enfant par sa disparition au moment de l'accouchement. On avait tenté d'étendre cette incrimination au cas où il n'était pas établi que l'enfant eût vécu, et nous avons combattu cette interprétation extensive qui a été rejetée depuis par la Cour de cassation. Mais

dans cette controverse nous avons dit : « La suppression du cadavre, c'est l'indice du crime ; mais, à défaut d'autres circonstances, ce ne peut être un crime. C'est peut-être une lacune de la loi ; il serait peut-être utile d'ajouter une peine contre la mère qui ne représente pas l'enfant nouveau-né ; mais la jurisprudence ne peut suppléer au silence de la loi. » C'est cette distinction ainsi mise en avant que le projet veut ériger en loi. Il frappe la mère d'une peine correctionnelle plus ou moins forte, suivant qu'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu ou qu'il est établi qu'il n'a pas vécu. Cette disposition peut sans doute ne pas être tout à fait inutile ; mais, en vérité, quand la statistique compte à peine chaque année deux ou trois crimes de suppression d'enfant, cela vaut-il la peine de tourmenter un Code pour de pareils redressements?

L'article 400 reçoit une disposition complémentaire ainsi conçue : « Les peines de l'article 401 seront également applicables à tout débiteur ou emprunteur qui aura détruit, détourné ou tenté de détruire ou de détourner les objets par lui donnés à titre de gage. » Cette disposition tend à jeter le trouble dans les règles de la loi pénale. La loi romaine avait admis, à côté du vol de la chose, le vol de son usage ou de sa possession : *furtum vel ipsius rei vel etiam usûs ejus possessionisve.* Mais cette décision n'est point entrée dans notre législation, qui définit le vol la soustraction de la chose d'autrui. Or que fait le débiteur quand il enlève la chose qu'il avait engagée? Il ne fait que reprendre sa propre chose ; il viole en même temps un contrat et le viole à l'aide d'une voie de fait coupable, mais il ne commet point un vol : c'est une fraude *sui generis,* qui, si on la veut punir, doit être classée à part, avec le caractère qui lui est propre, et non jetée dans le chapitre des vols, de manière à renverser l'harmonie du Code.

Faut-il parler enfin de la double modification apportée à l'article 434, en ce qui concerne l'incendie des pailles en tas, des bois en stères et des voitures ou wagons? Qu'importe que l'incendie des pailles et des bois coupés soit puni comme incendie de récoltes ou d'objets mobiliers, pourvu qu'il soit puni? qu'importe que les mots *voitures* ou *wagons* se trouvent ou non dans l'article 434, puisqu'il prévoit l'incendie de tous les lieux habités ou servant à l'habitation, et que son dernier paragraphe décrit tous les cas où l'incendie a occasionné la mort d'une ou

de plusieurs personnes se trouvant dans les lieux incendiés au moment où il a éclaté ?

J'ai voulu parcourir toute la série de ces nouvelles incriminations pour en apprécier l'importance. Il résulte de cet examen qu'elles ne sont point assurément inutiles, mais que leur intérêt est tout à fait secondaire. On n'y trouve aucune de ces omissions qui accusent l'imprévoyance du législateur, aucune de ces lacunes qui, dès qu'elles sont aperçues, laissent l'ordre social en péril. Ce sont de petits perfectionnements apportés à une douzaine de dispositions plus ou moins défectueuses, de petites corrections infligées à quelques solutions de la jurisprudence. Et la plupart de ces modifications ou consacrent, sans beaucoup le changer, ce qui se pratique actuellement, ou portent sur des faits peu fréquents et des points inappliqués. On est donc fondé à conclure qu'elles sont d'une médiocre utilité, et qu'elles ne fournissent dans tous les cas à la répression aucune force qui lui fût indispensable.

Je passe aux dispositions qui ont pour objet de correctionnaliser certains crimes.

Le projet propose de déclarer simples délits dix-sept faits aujourd'hui qualifiés crimes par notre Code. Ce sont : la contrefaçon des sceaux, poinçons, timbres et marques, et l'usage frauduleux de ces sceaux ou marques ; la délivrance par un officier public d'un passe-port ou d'une feuille de route sous un faux nom ; les faux certificats délivrés par les médecins pour dispenser d'un service public ; les concussions, quand les sommes indûment exigées n'excèdent pas 300 francs ; les violences exercées sur des magistrats dans leurs fonctions ; la connivence des gardiens dans l'évasion des détenus ; les levées de scellés et enlèvements de pièces dans les dépôts publics ; les violences exercées par les mendiants et vagabonds ; les menaces par écrit avec ordre et sous condition ; l'altération des marchandises par les voituriers qui les transportent ; le déplacement des bornes servant de limite aux propriétés ; la fabrication de fausses clefs par un serrurier ; la communication de secrets de fabrique à des étrangers.

Quels sont les motifs de cette nouvelle qualification ? Les rédacteurs du Code pénal s'étaient-ils trompés en imprimant à ces différents faits les caractères de crime ? leur valeur morale a-t-elle changé ? les périls qu'ils apportaient à l'ordre ont-ils

diminué? Non. Ce n'est point en vue de leur intensité morale que leur qualification est modifiée, c'est en vue de la répression; ce n'est point parce que cette qualification répugnait à la conscience sociale, c'est parce que leur condamnation par le jury a paru insuffisante. On les qualifie délits pour les transporter devant les tribunaux correctionnels.

On lit dans l'exposé des motifs : « La statistique criminelle, éclairée par les rapports de la magistrature, apprend qu'il y a des dispositions pénales où la résistance systématique du jury continue de se faire sentir. Cette résistance ne se manifeste pas seulement par des atténuations qui reviennent sans cesse, de l'incrimination et de la peine, ce sont aussi des acquittements arbitraires lorsque la détention préventive et l'épreuve des assises paraissent une expiation suffisante..... Les résistances du jury portent principalement sur les infractions qualifiées crimes, mais dont la nature les rapproche beaucoup des simples délits. On peut dire même de quelques-unes que leur gravité morale est inférieure, qu'elles supposent dans l'agent une moindre perversité, qu'elles sont pour l'ordre social un moindre péril. Il a paru que leur déclassement, juste en soi, tournerait ainsi à l'avantage de la répression. On a donc résolu de les faire descendre dans la classe des délits. »

Cette résolution pourrait faire naître quelques inquiétudes au sujet du jury, et l'exposé des motifs a cru devoir y répondre : « Nous devons rassurer quelques esprits préoccupés d'une autre crainte. Ceux-là se sont demandé quelles seraient les conséquences du déclassement de certains crimes par rapport au nombre des accusés traduits devant les Cours d'assises, si ce nombre ne serait pas sensiblement diminué, s'il ne résulterait pas de cette diminution un amoindrissement du jury même. Nous pouvons donner l'assurance que ces craintes n'ont aucun fondement : le nombre des accusés distraits de la Cour d'assises par les déclassements proposés ne serait pas d'un sur soixante. » Je crois aussi que ces qualifications nouvelles n'auraient point pour effet d'amoindrir le jury : ce ne sont pas quelques faits sortis de ces attributions qui pourraient produire ce résultat. Sa grandeur et son autorité tiennent à sa nature même, à son indépendance, à la puissance morale qu'il exerce. C'est parce qu'elle porte en elle-même l'élément nécessaire d'une saine distribution de la justice, c'est parce qu'elle est le sou-

tien de la liberté civile, c'est parce que ses jugements populaires sont acceptés par la conscience publique, que cette grande institution, souvent attaquée par des personnes qui ne la comprennent pas, vivra malgré ses imperfections, et se développera de plus en plus, en surmontant les résistances qu'elle rencontre encore. Que si, quoique ce ne soit point sa pensée, le projet arrivait à lui enlever une part de son autorité, ce serait profondément regrettable; car le jury est la suprême garantie de notre justice pénale, et tout ce qui tendrait à le diminuer tendrait par là même à affaiblir la confiance que doit inspirer la justice. Mais ce n'est pas sur ce point que je veux insister.

Il est d'abord une question que soulève l'exposé des motifs, et sur laquelle je désire m'arrêter un instant. Après avoir parlé de quelques acquittements prononcés par le jury sur des faits qui vont être correctionnalisés, l'exposé ajoute : « C'est venu à ce point que dans plus d'un ressort, quand il s'agit d'affaires de cette nature, on écarte à dessein des circonstances aggravantes pour saisir les tribunaux correctionnels *avec une apparence de régularité*. » On est étonné qu'une pratique qui n'a que l'apparence de la régularité soit invoquée ici comme un argument. On a pu admettre, en effet, que les juges d'instruction se montrent réservés dans la constatation des circonstances aggravantes quand elles ne sont pas suffisamment établies; mais, ainsi que le déclarait M. le garde des sceaux dans le rapport du compte de 1855, « le respect pour la loi les a toujours empêchés de saisir la juridiction correctionnelle de faits que les circonstances bien constatées de la perpétration rendent passibles de peines afflictives et infamantes. » Il est vrai que cette sage limite ne paraît pas avoir été depuis rigoureusement maintenue. On lit dans un rapport postérieur : « Il y a lieu d'attribuer, en partie du moins, la diminution progressive du nombre des vols qualifiés à la sévérité qu'apportent depuis quelques années les juges d'instruction, de concert avec le ministère public, dans l'admission des circonstances aggravantes relevées dans les procès-verbaux. Convaincus que ces circonstances ne seraient pas admises par le jury, ils les écartent et renvoient les prévenus en police correctionnelle. » Le rapport ajoute : « Je ne cesse de recommander aux magistrats d'user de ce mode de procéder avec une grande réserve. »

Cette réserve, en effet, ne saurait être trop grande. Que fait le juge d'instruction quand il écarte des circonstances établies par l'instruction? remplit-il la mission dont il est chargé? quelle est cette mission? La recherche et la constatation des faits incriminés. Quel est le but qu'elle veut atteindre? La manifestation de la vérité. Le juge ne doit agir que pour provoquer cette manifestation. Les anciennes ordonnances voulaient qu'il informât « sur la pleine vérité du fait, » et le plus rigoureux de nos anciens criminalistes, Muyart de Vouglans, expliquait cette maxime en ces termes : « L'information n'étant autre chose qu'une exacte perquisition de la vérité des faits, pour y bien procéder il est du devoir d'un bon juge de ne rien négliger de tout ce qui peut tendre à la découverte de cette vérité, et par conséquent de n'omettre dans la rédaction des dépositions aucune des circonstances qui peuvent servir à la décharge de l'accusé, comme celles qui tendent à le convaincre du crime; c'est ce qui a fait dire que l'information était comme une glace qui doit représenter les objets tels qu'ils sont, sans augmenter, diminuer ni altérer en quelque manière que ce puisse être. » Telle est la règle du juge d'instruction; or y est-il fidèle lorsqu'il omet de relever quelques-unes des circonstances de l'information, lorsqu'il tronque dans son ordonnance, qui ne doit être que le reflet exact de cette information, les faits qui y sont établis, lorsqu'il n'admet qu'une partie de ces faits et jette un voile sur le reste? Est-ce là l'accomplissement de cette recherche de la pleine vérité, qui constitue sa fonction?

Je ne doute pas que ce magistrat ne soit, en agissant ainsi, animé de l'intention la plus droite : il croit coopérer à la bonne administration de la justice en qualifiant délits des faits que la loi a qualifiés crimes; il abrège la durée des procédures; il assure les chances de la répression. Mais ce sont là des idées auxquelles il doit résister parce que, sous le voile d'un devoir imaginaire, elles l'écartent de son véritable devoir. « Ce sont ces sortes d'injustices, a dit Domat, qui sont les plus périlleuses et les plus fréquentes. » Il est plus facile, en effet, de repousser la suggestion d'un sentiment mauvais que l'application erronée d'un sentiment louable en lui-même. Le juge d'instruction doit constater et qualifier les faits qui résultent de l'information, rien de plus; au delà il usurpe un pouvoir qui n'est plus le sien; il apprécie les faits, il les juge, tandis qu'il ne peut que

les constater. Il ne peut pas se préoccuper des conséquences de sa constatation, ces conséquences sont réglées par la loi qui, suivant le caractère de chaque fait, a indiqué la juridiction qui doit en connaître. Est-ce qu'il lui appartient, en modifiant mensongèrement ce caractère, de changer cette juridiction? Est-ce qu'il peut enlever l'accusé à ses juges naturels pour le transporter devant un juge d'exception? est-ce qu'il peut mettre sa volonté à la place de la volonté de la loi qui a réglé les compétences sur la nature des faits? Et pourquoi cette substitution d'une juridiction à une autre? Parce que, dit-on, les circonstances qui fondent la qualification criminelle seraient écartées par le jury; mais est-ce qu'il est possible de dépouiller le jury d'une attribution légale à raison d'un verdict que l'on ne fait que présumer? est-ce qu'il est possible de désigner ou d'écarter un juge en vue du jugement que l'on suppose qu'il rendra? On croit par ce mode abréger la durée des préventions; mais on ne prévoit pas que, dans toutes ces affaires, à raison de leur gravité, les parties interjettent appel; que, dans un grand nombre, les juges correctionnels, plus scrupuleux que l'instruction, à la vue des circonstances aggravantes que le débat fait reparaître, se déclarent incompétents, et qu'il y a lieu de procéder alors, par voie de règlement de juges, au renvoi des prévenus devant la chambre d'accusation, à laquelle ils auraient dû être renvoyés d'abord; de sorte que cette voie insolite n'a souvent pour résultat que de prolonger la procédure.

Je reviens au projet. La proposition de transporter aux juges correctionnels dix-sept faits aujourd'hui qualifiés crimes me paraît grave, non point seulement parce que le jury en est déshérité, bien que pour ma part, partisan que je suis du jury, je regrette cette exhérédation, mais parce que cette nouvelle attribution faite à la juridiction correctionnelle est contraire au principe de cette juridiction. Quel est ce principe? Je reconnais que la police correctionnelle n'est plus tout à fait, dans le système de notre Code, ce que la loi des 19-22 juillet 1791 l'avait faite. Nous l'avons déjà fait remarquer ailleurs : elle n'avait été établie que pour le jugement des faits « qui troublent la société et disposent au crime; » elle n'avait donc point empiété sur le terrain de la justice criminelle proprement dite; elle ne saisissait que les infractions à l'ordre matériel qui ne sont point animées de l'intention qui fait le crime; elle n'était

qu'une institution supérieure, mais parallèle à la juridiction municipale, étendant à la police générale l'action que celle-ci n'exerce que sur la police locale. C'est à raison de cette mission restreinte qu'elle avait été placée entre les mains des juges de paix, que les formes de sa procédure étaient simples, tous ses délais brefs, et que les peines qu'elle appliquait ne pouvaient, sauf la récidive, qui les doublait, excéder un emprisonnement de deux ans.

Notre Code d'instruction criminelle, adoptant quelques règles nouvelles portées par les lois des 5 fructidor an III, 22 frimaire et 27 ventôse an VIII, a modifié la constitution de la juridiction correctionnelle et étendu ses attributions. Il en a modifié la constitution en attribuant cette juridiction aux tribunaux de première instance, en les faisant participer aux garanties qui sont propres à ces tribunaux, en portant l'appel de ses jugements devant les tribunaux supérieurs, aujourd'hui devant les Cours impériales. Il en a étendu les attributions en lui déférant non plus seulement les délits que la loi des 19-22 juillet 1791 avait incriminés, mais les nombreuses catégories d'infractions prévues soit par le Code pénal, soit par des lois spéciales et qui sont punies soit d'une amende supérieure aux amendes de police, soit d'un emprisonnement de six jours à cinq ans et dont le maximum peut être doublé en cas de récidive.

Mais, malgré cette double modification, le principe de l'institution est demeuré le même : dans le système de notre Code, comme dans celui de l'Assemblée constituante, la juridiction correctionnelle est une juridiction d'exception destinée au jugement des infractions qui n'apportent qu'un trouble secondaire à l'ordre. Elle est exceptionnelle, car la juridiction générale et commune est la Cour d'assises; car sa compétence est restreinte à une certaine classe d'infractions; car elle ne s'ouvre qu'en vertu d'une attribution spéciale de la loi, et, quelque multiples que soient les faits qu'elle embrasse, quelque diverse que soit leur nature, tous ces faits ont un caractère commun qui est leur gravité relative dans l'ordre de la criminalité.

Ce principe se manifeste dans les formes de la procédure, qui a été presque tout entière conservée; ces formes sont simples et rapides : elles ont été établies pour la prompte expédition d'affaires nombreuses et peu compliquées; le tribunal statue la plupart du temps sur citation directe et sans information préa-

lable ; l'instruction de l'audience lui suffit. Il n'est point nécessaire qu'il y ait un défenseur à côté du prévenu ; les explications verbales de celui-ci sont assez. Tous les incidents, sauf quelques questions préjudicielles, sont immédiatement vidés. Toute la procédure semble avoir hâte d'arriver au jugement. En appel, les témoins ne sont presque jamais entendus, et le juge prononce, comme sous l'ordonnance de 1670, sur l'instruction écrite.

Il se manifeste dans l'organisation de la juridiction : elle est composée, en effet, de juges permanents qui, s'ils sont très-propres au jugement des petits délits, le seraient évidemment moins à l'appréciation des faits moraux plus graves; elle rejette et les formes de l'accusation, et la solennité du débat des assises ; et si ses règles flexibles peuvent se prêter à un examen approfondi et prolongé, les seules garanties de cet examen sont dans la conscience et les lumières des juges.

Il se manifeste enfin dans le caractère et le nombre même des affaires qui sont portées devant cette juridiction. Les prévenus de contraventions fiscales forment près des six dixièmes des prévenus jugés par les tribunaux correctionnels. Les délits qui, après les contraventions fiscales, viennent en plus grand nombre, sont : le délit de rupture du ban de surveillance ; le vagabondage et la mendicité ; les rébellions et outrages envers les officiers publics ; les coups et blessures et voies de fait ; les petits vols ; les tromperies dans la vente des denrées ; les délits de chasse, etc. Prenons le résultat de ces poursuites : de 1826 à 1850, les tribunaux correctionnels, sur 100 prévenus, en condamnent 64 à l'amende seulement, 19 à un emprisonnement de moins d'un an, et 3 seulement à un emprisonnement de plus d'un an. Ces résultats sont à peu près les mêmes dans les années suivantes.

Ainsi, des formes de la procédure, du mode d'organisation de la juridiction, des attributions même qui lui sont généralement conférées, ressort avec évidence cette conséquence que l'institution correctionnelle n'a été établie qu'en vue d'une mission qui lui est propre, en vue de juger avec promptitude et fermeté tous les petits délits, toutes les infractions secondaires qui pullulent aux plus bas échelons de la criminalité, et qui, pour la plupart, comme les contraventions fiscales, les

ruptures de ban, le vagabondage, la mendicité, les faits de chasse, sont plutôt, comme le disait la loi des 19-22 juillet 1791, des actes dangereux et qui disposent au crime que des actes intrinsèquement criminels.

Tel est le principe de la juridiction correctionnelle. Ainsi constituée, renfermée dans le cercle d'une compétence étendue quant au nombre des affaires, limitée quant à leur gravité, il serait difficile de ne pas en reconnaître tous les avantages. Elle répond à une nécessité sociale; elle a pour fondement la nature même des choses; elle embrasse une multitude de faits qui ne pourraient être jugés même par de petits jurys. Elle est même organisée et présente plus de garanties que la plupart des juridictions qui, dans les législations étrangères, correspondent à son institution.

Il faut donc la maintenir sur ses bases actuelles et ne pas en fausser le principe en l'étendant à des attributions qui dépassent ses forces. Or les faits que le projet propose de qualifier délits et que le Code qualifie aujourd'hui crimes, conserveront, quelle que soit leur qualification, toute leur gravité intrinsèque; et c'est pour le jugement de faits de cette nature que la juridiction correctionnelle n'est pas faite et n'est pas propre. Est-ce que sa procédure sommaire et ses formes expéditives présentent assez de garanties? Est-ce que ses débats, qui peuvent n'être préparés par aucune instruction, suffisent à des faits compliqués? On fait donc dévier par là le principe de cette juridiction; on brise la sage répartition d'attributions qui fonde notre organisation judiciaire.

On est séduit par la rapidité des formes; mais faut-il le répéter? quoiqu'il faille attacher un grand prix à la prompte expédition des affaires, qui voudrait acheter cette célérité en sacrifiant quelque chose de la maturité de l'instruction? J'avoue même que la rapidité ne me paraît pas une des formes essentielles de la justice; un peu plus lente, elle me paraît plus sûre, au moins semble-t-elle plus réfléchie. On croit encore trouver une répression plus certaine. Il est constant, en effet, que les juges correctionnels, s'ils ne semblent pas moins enclins que les jurés à l'atténuation des peines, prononcent moins d'acquittements. Mais en serait-il encore ainsi lorsque les faits qu'ils auraient à juger seraient plus graves, lorsque leurs attributions seraient plus lourdes et leur responsabilité plus pesante?

Ensuite, lors même que la répression serait plus assurée, est-ce donc là le seul but que la loi pénale doit se proposer? Si elle doit atteindre toutes les infractions punissables, ne doit-elle pas aussi entourer ses actes de toutes les formes qui assurent leur infaillibilité? ne doit-elle pas conserver aux jugements criminels toutes leurs garanties? Est-ce donc le nombre des condamnations obtenues qui fait la force de la justice? C'est l'opinion que ses sentences sont justes; et qu'est-ce qui fonde cette opinion, si ce n'est l'indépendance et la hauteur de la juridiction, la solennité du débat, la sauvegarde des délais et des formalités?

On a prétendu que le jury, propre au jugement des grands crimes, l'était moins au jugement des crimes secondaires. On énonce même, dans l'exposé des motifs, que quelques jurés, on ne dit pas comment et par quelle voie, auraient témoigné le désir de n'avoir plus à connaître de quelques accusations d'une importance restreinte. J'ai quelquefois aussi entendu des présidents d'assises qui, suivant moi, comprenaient bien peu leur mission, se plaindre de ce que le rôle de leur session était chargé de faits qui n'avaient qu'un médiocre intérêt. Il est évident qu'il y a une limite à poser et que le jury ne doit pas être appelé à connaître de faits dans lesquels l'élément matériel domine et dont la constatation ne peut soulever de difficulté. Mais prétendre, comme le font quelques esprits, qu'on doit réserver son intervention aux grands drames judiciaires, aux crimes qui causent une vive émotion, qui agitent la conscience publique et captivent profondément l'attention, c'est là, il me semble, une erreur profonde. La Cour d'assises n'est point un théâtre où se jouent des drames, et le jury ne siége point pour satisfaire la curiosité ou ressentir des émotions. Il importe peu que les affaires présentent plus ou moins d'intérêt, mais il importe que tous les accusés, dont l'honneur ou la liberté est en jeu, trouvent la même protection et les mêmes garanties. L'indépendance des jurés, la liberté de leur conviction, la vérité de leur appréciation doivent s'appliquer à tous les faits reconnus assez graves pour que l'ordre social en soit visiblement troublé. Ce ne sont ni les présidents d'assises ni les jurés qu'on doit consulter à cet égard : c'est l'intérêt général qui veut que des formes tutélaires enveloppent la poursuite de tous les faits qui compromettent à un certain degré leurs auteurs; c'est la justice qui

prétend ne pas scinder ses sauvegardes et ne pas les réserver à une seule classe d'accusés.

J'arrive enfin aux dispositions qui ont pour objet d'aggraver quelques pénalités.

Je ne m'arrête pas à quelques modifications que le projet introduit dans les articles 57, 159, 164, 225, 230, 240, 306, 308 et 320. Les légers remaniements des pénalités, que ces modifications ont pour objet, n'ont aucune importance réelle. Je passe immédiatement à la disposition capitale du projet, à la disposition en vue de laquelle peut-être tout le projet a été fait, à celle qui est relative à l'effet des circonstances atténuantes en matière correctionnelle.

Le Code pénal de 1810 portait : « Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est portée par le présent Code, si le préjudice causé n'excède pas 25 francs, et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux sont autorisés à réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours et l'amende même au-dessous de 16 francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. » M. le conseiller d'État Faure disait, dans l'exposé des motifs : « Au moyen de cette précaution la conscience du juge sera rassurée et la peine sera proportionnée au délit. » La loi du 28 avril 1832 avait purement et simplement maintenu cette disposition, en en effaçant seulement la condition d'un préjudice inférieur à 25 francs.

Ainsi ce n'est point la loi du 28 avril 1832 que le projet prétend effacer ici, c'est le Code de 1810 dont il vient augmenter la sévérité. En effet, il divise les délits en trois catégories : ceux dont le minimum de la peine est un emprisonnement de deux ans ou une amende de 500 francs, ceux dont le minimum est un emprisonnement d'un an ou une amende de 100 francs, et ceux dont le minimum est inférieur. Ce n'est que dans ce dernier cas que l'ancienne disposition des Codes est conservée; à l'égard des deux autres catégories les peines ne pourront plus être abaissées, même au cas de circonstances atténuantes, au-dessous du quart du minimum prononcé par la loi.

Cette restriction grave, qui porte sur un grand nombre de délits, a pour objet d'enchaîner l'indulgence des tribunaux correctionnels. « Si ces tribunaux, porte le rapport de la sta-

tistique de 1859, acquittent un très-petit nombre des prévenus traduits devant eux, ils montrent une très-grande indulgence dans l'application des peines. » C'est à cette tendance que le projet veut apporter une limite.

Cette limite ne me paraît ni juste ni politique. Elle n'est pas juste, car elle ôte aux juges le moyen de proportionner la peine à la gravité du délit, la faculté de rendre des jugements suivant sa conscience et quand le mal du délit est petit, de prononcer une petite pénalité. Il s'agit, on l'a vu, de faits en général minimes, qui n'apportent à l'ordre social qu'un trouble secondaire et dont la gravité relative peut, d'après les circonstances, s'affaiblir sensiblement. Il est donc utile que les juges soient armés du pouvoir de descendre le châtiment quand le délit descend et s'atténue, quand les circonstances en effacent la criminalité. Ce n'est point là, comme on l'a dit, la résurrection des peines arbitraires ; dans notre ancien droit le juge avait le choix et de la pénalité et du degré de cette pénalité; aujourd'hui, et c'est là une conquête de notre législation pénale, il est enchaîné par le maximum de chaque pénalité et n'a plus de liberté que pour en atténuer, si les faits le permettent, la sévérité.

Elle n'est pas politique, car, suivant l'éternelle vérité proclamée par Montesquieu, ce n'est pas la modération des peines qui accuse la faiblesse de la justice, c'est l'impunité. Il importe beaucoup à l'ordre de l'État qu'il n'y ait pas d'acquittement, car les acquittements supposent tantôt des poursuites légèrement exercées, tantôt une molle indulgence vis-à-vis des faits incriminés. Mais il importe peu que les peines soient plus ou moins longues, plus ou moins graves. Ce qui fait la force de la justice, c'est la certitude du châtiment, ce n'est pas son intensité. S'il était hors de doute que toutes les fautes fussent aussitôt et matériellement punies, quelque légère que fût la peine, croit-on qu'il s'en commettrait beaucoup ? Or un des moyens d'assurer l'application des peines, c'est de laisser le juge libre d'être juste, c'est de ne pas gêner sa conscience, c'est de ne pas lui imposer des règles inflexibles qu'il appliquera souvent en gémissant, et qu'il écartera quelquefois aussi, parce qu'il préférera renvoyer un prévenu plutôt que de prononcer une peine hors de proportion avec sa faute.

L'expérience faite, depuis la loi du 28 avril 1832, a démon-

tré l'efficacité des peines modérées. Le précieux instrument des circonstances atténuantes a rendu la répression plus sûre en permettant qu'elle fût plus juste. Ce système de l'atténuation facultative des peines a tendu sans cesse à réduire le nombre des acquittements, à introduire l'ordre dans la justice, à établir de plus en plus la certitude de la peine. Il est évident que les mêmes considérations s'appliquent ici aux juges correctionnels et aux jurés; car les uns et les autres usent à peu près au même degré de cette faculté. Croit-on que si l'on enlevait aux jurés le droit de déclarer l'atténuation du crime, ou si l'on restreignait les effets de ce droit, les acquittements n'augmenteraient pas aussitôt? Qui assure qu'il n'en sera pas ainsi pour les juges correctionnels? Pourquoi leur retirer un droit que la loi leur avait donné depuis 1810, et dont ils n'ont point abusé?

N'y a-t-il pas ensuite quelque contradiction à élargir leurs attributions en leur déférant le jugement de faits aujourd'hui qualifiés crimes et en même temps à leur retirer en partie la faculté qu'ils ont d'atténuer les peines? D'une part on leur témoigne une confiance singulière, puisqu'on les préfère aux jurés; et d'une autre part on leur témoigne une méfiance non moins étrange, puisqu'on restreint le cercle de leur pouvoir et qu'on impose une limite au droit qu'ils ont de proportionner les peines aux délits. De sorte que tandis qu'ils tendent à devenir, de juges d'exception qu'ils sont, les juges communs de la matière criminelle, ils se trouveront plus strictement enchaînés sous le joug de la loi et perdront leur plus précieuse faculté, celle de suivre les inspirations de leur conscience.

Et pourquoi cette restriction? est-elle motivée par le caractère des infractions sur lesquelles elle porte? Si l'on parcourt la série des délits auxquels s'applique le minimum d'un ou même de deux ans d'emprisonnement, on est surpris de la sévérité du projet qui leur refuse l'atténuation au-delà du quart de ce minimum. Il s'agit des faux certificats de médecins, des concussions au-dessous de 3,000 francs, des entreprises des ministres des cultes, des faux passe-ports, des délits d'évasion, des destructions de pièces, de la communication d'une contagion aux bestiaux, etc., délits plus ou moins graves, dont la gravité dépend surtout du préjudice causé, et dont la peine doit se proportionner à ce préjudice. Il n'y a donc aucune raison d'enlever aux juges, à raison de ces délits, la souveraine puis-

sance de tempérer les peines qu'il possède à l'égard des autres.

En résumé, quelle que soit la réserve du projet, il n'invoque à son appui aucune raison d'utilité actuelle. Les modifications qu'il propose ne sont ni assez graves ni assez motivées pour qu'il y ait hâte de jeter le trouble dans notre loi pénale et dans l'ordre de nos juridictions. Elles n'ont aucun intérêt immédiat; elles n'ont aucune urgence. La justice pénale est administrée avec une sage fermeté, et les lois actuelles sont suffisantes.

Dans cet état, ne serait-on pas fondé à proposer une mesure déjà adoptée dans d'autres temps et qui a produit les résultats les plus utiles? Pourquoi ne communiquerait-on pas à la Cour de cassation, aux Cours impériales et aux Facultés de droit le projet actuel? pourquoi ne pas consulter les juges les plus instruits et les plus compétents? Il pourrait revenir à la session prochaine après avoir traversé cette épreuve, et notre législateur pourrait alors statuer en toute connaissance de cause.

FAUSTIN HÉLIE.

PHILOSOPHIE DU DROIT.

DES LIMITES DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

ET DE LA SOUVERAINETÉ SOCIALE.

Par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

PREMIER ARTICLE.

La liberté est une digne et noble cliente qui, dans ces derniers temps, a attiré beaucoup de défenseurs. Est-ce aux périls ou à la grandeur de sa cause qu'elle doit ces nombreux témoignages de dévouement? Qu'importe? Ce ne sera pas sans profit que tant d'hommes venus des régions les plus diverses, philosophes, publicistes, économistes, jurisconsultes, seront arrivés sur le même terrain et auront adopté la même devise. Qu'ils veuillent sincèrement patroner la liberté ou seulement se faire patroner par elle, ils mettront en pleine lumière ses

titres, sa sphère d'action ; ils chasseront tous les nuages, toutes les ombres, dissiperont toutes les confusions. Nous allons obtenir la théorie philosophique, politique, économique, juridique, qui vaut les efforts qu'elle excite. Ce résultat pourtant, je ne l'annonce point, je le garantis encore moins ; mais je l'espère. Je ne suis pas même, je l'avoue, sans quelque inquiétude. Les mots sont souvent pleins d'illusions, pour ne pas dire de piéges. Il n'est pas impossible que, sous le même drapeau, avec la même parole de ralliement, des écrivains n'agissent à part, n'obéissent à des inspirations contraires, qu'ils aient un objet distinct, qu'ils servent des idées diverses, qu'ils aient un culte différent. La liberté individuelle illimitée de M. Émile de Girardin ne ressemble guère à la liberté illimitée de la souveraineté des socialistes radicaux. Ni l'une ni l'autre, pas plus l'une que l'autre, ne ressemble à la liberté limitée, soit de John Stuart Mill, soit de M. Jules Simon. Ne dût-on pas d'abord beaucoup se préoccuper des thèses extrêmes, malgré leur puissance, les idées moyennes comportent de grandes variétés, des dissidences saillantes.

Comment l'accord sur le même mot peut-il masquer un désaccord profond sur la réalité que ce mot a pour objet d'exprimer?

La difficulté est plus vieille que nous. Elle a préoccupé Montesquieu, et elle était certainement plus vieille que lui : « Il n'y a point de mot qui ait reçu plus de différentes significations et qui ait frappé les esprits de tant de manières que celui de liberté. » Par une de ces épigrammes qui lui sont familières et qui relient l'*Esprit des lois* aux *Lettres persanes*, il écrit que certain peuple a longtemps pris la liberté pour l'usage de porter une longue barbe, et il cite, en note seulement, les Moscovites qui ne pouvaient souffrir que le czar Pierre la leur fît couper. Avec sa gravité railleuse, il parle de ceux qui ont attaché le nom de liberté à une forme de gouvernement et ont exclu les autres. « Ceux qui avaient goûté du gouvernement républicain, dit-il, l'ont mise dans ce gouvernement. Ceux qui avaient joui du gouvernement monarchique, l'ont placée dans la monarchie. Enfin, chacun appelait liberté le gouvernement qui était conforme à ses coutumes ou à ses inclinations. »

Montesquieu n'exprime pas son avis ; mais je le devine, et j'affirmerais presque qu'il attachait moins d'importance aux

formes qu'à l'esprit des institutions. — Ce qui est certain, c'est qu'il n'admettait pas que le pouvoir du peuple dût être confondu avec la liberté du peuple.

La liberté, est-ce la faculté de déposer un tyran? Est-ce la faculté d'élire celui auquel on doit l'obéissance? Est-ce le droit d'être armé et de pouvoir exercer la violence? Est-ce le privilége de n'être gouverné que par un homme de sa nation et par ses propres lois? Montesquieu se borne à raconter que tous ces systèmes ont été soutenus. Il ne les juge pas, il les discute encore moins, et, s'il vivait, on l'accuserait peut-être d'un excès de prudence.

Montesquieu définit pourtant la liberté (la liberté politique au moins) : « Elle ne consiste point, dit-il, à faire ce que l'on veut. » Très-bien. — En quoi alors consiste-t-elle? « Dans un État, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire *ce que l'on doit vouloir*, et à n'être pas contraint de faire *ce que l'on ne doit pas vouloir*. » — Alors que doit-on ne pas vouloir? Ne doit-on vouloir que le bien, que le juste? Dans ce système, la liberté est la puissance de faire son devoir. L'homme ne saurait jamais à ses risques être libre de faire le mal. Cette liberté, déjà trop restreinte, qui enchaîne l'homme au juste et au bien, est encore trop large pour Montesquieu.

Pour lui, la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent, et il ajoute que, si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir. Cette liberté d'octroi, si elle ne ressemble singulièrement à l'obligation d'obéir, lui est au moins subordonnée.

Mais je n'entre point encore dans le vif de ce débat, que ma pensée, toutefois, n'est pas d'éluder.

Ce n'est pas notre siècle qui a obscurci le sens du mot *liberté*. Si donc la science contemporaine parvient à l'éclaircir, elle ne réparera pas un mal qui soit son œuvre. Elle ne rétablira pas l'ordre là où elle aurait semé l'anarchie, et on lui devra d'autant plus de reconnaissance que le service qu'elle rendra ne sera pas l'acquit d'une dette personnelle et une sorte d'expiation.

Dans la langue usuelle, on distingue quatre espèces de libertés : la liberté morale, la liberté civile, la liberté nationale, la

liberté politique. Et l'auteur d'un des meilleurs livres qui ont reçu comme titre le nom de la *liberté*, spécialisant encore davantage, ajoute : la liberté du foyer, la liberté du capital, la liberté de l'atelier, la liberté des cultes et la liberté de penser.

Ne considérons pas comme de nouvelles venues les libertés auxquelles M. Jules Simon a fait une place à part, mais comme des filles de même famille, ayant un nom commun, un nom générique, le nom de *liberté civile*.

Restent alors quatre espèces de libertés. L'examen, le débat porte-t-il au même titre, dans la même mesure, sur chacune d'elles? Je ne le crois pas.

Dans tous les travaux contemporains dont je compte m'occuper, la liberté morale est supposée un fait indestructible de la nature humaine. Au fond de l'âme, dont elle est une des facultés essentielles, elle échappe aux atteintes de la compression matérielle. La force peut imposer l'action physique; elle ne saurait empêcher ni éteindre la protestation de la volonté, étouffer la rébellion de la conscience.

Je sais bien que M. Jules Simon a consacré à la liberté morale quelques pages brillantes, et je ne les lui reproche pas, parce qu'avec lui je pense que cette liberté est le vrai fondement, le meilleur titre des autres libertés.

Ce n'est pas que la liberté morale n'ait été et ne soit encore l'objet de beaucoup de controverses. Entre Descartes qui l'affirme, Spinosa qui la nie, Leibnitz qui réagit contre Spinosa, Locke, Kant, Fichte, Hegel, M. Proudhon, ce critique difficile pour lequel M. Jules Simon, le logicien éclectique, n'est pas un philosophe, mais un simple croyant, je pourrais signaler de nombreuses contradictions. Mais la métaphysique ne ferait pas faire un pas aux problèmes qui m'attirent. J'admets avec M. Cousin, avec M. Jules Simon que le sens intime, le remords, le consentement universel, la pratique de tous les temps et de tous les pays, l'établissement des peines que M. Proudhon et M. Émile de Girardin n'ont pas encore ébranlé, sont des preuves irrécusables de la liberté morale, et je tiens que cette liberté est hors de cause.

M. Dupont-White ne parle que de trois espèces de libertés.

Pour lui, liberté veut dire : tantôt le droit des nations à l'indépendance, l'affranchissement de tout joug étranger, c'est la *liberté nationale*; tantôt le droit des citoyens au gouvernement,

c'est la *liberté politique;* tantôt le droit des individus à n'être pas gouvernés, c'est pour lui la *liberté civile.* A ses yeux, la liberté nationale et la liberté politique sont seules dignes de prix, et aussi, il l'affirme, elles seules ont passionné les hommes. La chose inestimable et vitale pour un pays est de ne subir ni l'étranger ni le pouvoir absolu d'un homme ou d'une classe. Pour ce qui est d'être peu gouverné, quand ce pays est à lui-même son gouvernement, c'est une tout autre chose qui peut être bonne en son lieu, à son heure. Mais tâchez donc de la reconnaître dans cette légende d'héroïsme et de dévouement, dans ce sillon de flammes et de lumière qui est la trace de la liberté à travers les âges! » (*L'individu et l'État*, 2e édit., p. 3, 4.)

J'ai déjà contesté la définition que l'habile écrivain donne de la liberté civile, qu'il appelle ailleurs *individualisme.* Les individus ne peuvent vivre dans l'état de société pour lequel ils sont nés sans être soumis à la souveraineté sociale, et, par conséquent, ils ne sauraient avoir de droits acquis contre cette souveraineté. Ils ont besoin et conscience du besoin d'être gouvernés; mais ils ne veulent l'être que dans les limites de la nécessité ou au moins de l'impérieuse utilité.

J'ai essayé ailleurs d'indiquer les principaux droits qui constituent la liberté civile, en m'efforçant de démontrer que cette liberté ne joue pas dans la vie humaine, dans la société, un rôle accessoire; qu'elle forme un but principal dont la liberté politique n'est que le moyen.

Si je rappelle cette controverse, ce n'est pas seulement pour conclure, avec M. Dupont-White, qu'on *n'a pas sitôt fait de s'expliquer sur la liberté, que le mot s'est chargé en vieillissant de significations diverses;* c'est encore pour arriver à une autre conclusion, à une définition plus générale. Je proposerais de définir la liberté : *l'affranchissement, pour l'activité individuelle, de tout pouvoir qui n'est pas avoué par la justice et par la raison.*

C'est la liberté sous cet aspect large que je voudrais étudier, et je prends pour prétexte l'examen d'un livre dû à la plume du plus accrédité des publicistes anglais. Ce livre, comme le livre de M. Jules Simon, comme l'opuscule si original et si plein de paradoxes d'un polémiste célèbre, a pour titre *La liberté*[1].

[1] Londres, 1859.

Je choisis le livre de John-Stuart Mill, parce qu'il est, à mon sens, des travaux faits sur ce complexe et difficile sujet, celui qui, dans un cadre étroit, se rattache le moins spécialement à la science économique et réunit le plus, au caractère philosophique proprement dit, les caractères *politique et juridique;* parce qu'il est enfin celui peut-être qui s'est le plus concentré sur la capitale question des droits de l'individu et de l'État. Au reste, je rapprocherai du publiciste anglais les publicistes français, MM. de Tocqueville, Rossi, Frédéric Bastiat, Jules Simon, Baudrillart, Dupont-White, Laboulaye, m'offriront des moyens de comparaison et de contrôle; je ne fuirai ni M. Émile de Girardin ni M. Proudhon, et je n'aurai pas plus peur de leurs noms, qu'on ne cite guère, que de leurs écrits ; je ne négligerai pas non plus les idées déjà importées chez nous de Guillaume de Humboldt[1] et de M. le baron Eœtvœs[2]. Il ne m'appartient pas de décider si j'apporte dans cette nouvelle étude critique des vues originales.

Je placerai successivement la liberté individuelle en face d'autres libertés individuelles, en face de l'État, enfin en face des obstacles qu'elle peut se créer elle-même.

§ 1.

La liberté et le droit se touchent, se bornent. La liberté sans règle serait l'anarchie, une servitude réciproque entre les forts, une servitude sans compensation pour les faibles. La règle sans liberté, ce serait la tyrannie sans intermittence, sans trève, sans merci, une oppression exclusive de toute vie. En dehors des auteurs de la règle, il n'y aurait que des esclaves. Ce serait toujours le triomphe de la force avec moins de vicissitudes ici, avec plus là. La liberté et la règle ont chacune un domaine propre; leurs souverainetés se confrontent; la délimitation n'ayant jamais été faite ostensiblement par une puissance qui leur fût une supérieure commune, elle a dû soulever à travers les âges plus d'un litige.

Cependant, je lis dans un excellent livre, « c'est à coup

[1] *Essai sur la limite de l'action de l'État.* Berlin, 1851.

[2] *De l'influence des idées régnantes au XIXe siècle sur l'État.* Leipzig, 1854.

sûr une controverse récente que celle qui a pour objet les droits respectifs de l'État et de l'individu. »

L'auteur considère que, dans le passé, on discutait sur le principe, sur la forme du gouvernement, mais qu'on ne débattait pas sa compétence. (Dupont-White, *L'individu et l'État*, 2e édit., p. 5 [1].)

Est-il vrai que nos pères se soient trop occupés de l'origine du pouvoir pour rechercher sa limite? Ont-ils absolument négligé la question de conflit entre le droit des individus et le droit de la société, la conciliation de la liberté individuelle avec la souveraineté sociale? Tel n'est pas mon sentiment. Sans doute, quand la souveraineté du nombre a prévalu, elle a momentanément fait perdre de vue ou regarder avec assez d'indifférence la difficulté dont nous mesurons aujourd'hui la gravité. La souveraineté sociale n'étant plus que la *délégation*, la *résultance* de la majorité des souverainetés individuelles (on le soutient au moins, et je n'ai à faire ici que des réserves), il semblait impossible que la souveraineté déléguée fût en contradiction avec les souverainetés dont elle était l'œuvre, et qu'elle personnifiait comme *mandataire*. Alors c'était un soin très-oiseux que de vérifier les bornes de ses pouvoirs et de

[1] M. Dupont-White, p. 95 et 96, est revenu sur la même idée : « Le dix-huitième siècle, dans son plus grand effort, n'alla pas plus loin que l'origine du pouvoir. Irrité contre les anciennes dominations, il courut à leur principe et le changea; mais il ne lui vint pas à l'esprit que tout pouvoir est à limiter. Le despotisme, transporté d'une dynastie à une nation, ne fut que déplacé.

« L'école libérale et doctrinaire répara cette omission. Elle stipula les droits de l'individu, les limites du pouvoir, quel que soit le principe du pouvoir. Mais l'excès de gouvernement qu'on avait vu sous l'empire était tout le grief de cette école, et ne lui laissait former d'autre vœu que celui de la liberté. Quant à la question du devoir des gouvernements, elle ne s'en inquiéta pas plus qu'on n'avait fait avant elle.

« De cet oubli sont nées les écoles socialistes, avec quels excès! avec quels emportements! Personne ne songe à le nier. » (*L'individu et l'État*, 2e édit., p. 95 et 96.)

La question des devoirs des gouvernements n'est pas distincte de la question de leurs droits. Les droits des gouvernements ne sont, en effet, qu'une conséquence de leurs devoirs, et, partant, pour savoir la limite de leurs droits, il faut commencer par étudier l'étendue de leurs devoirs.

ses attributions. Dans la joie et l'exaltation de leur avénement, les majorités n'avaient guère le souci des griefs et des souffrances des minorités. Mais on ne tarda pas à reconnaître que les majorités, même les majorités sincèrement comptées, et surtout les minorités qui usurpent le nom et l'autorité des majorités, offrent de sérieux dangers de tyrannie, et on stipula des garanties contre une oppression d'autant plus redoutable qu'elle pouvait avoir la double consécration de la force morale et de la force matérielle. Plus la souveraineté politique est répartie, plus elle est l'apanage du nombre, c'est-à-dire plus est grande la confusion de l'État et de la société, plus aussi les minorités ont besoin d'être abritées contre le despotisme des gouvernants, parce que ce despotisme s'accordera presque toujours avec le despotisme de l'opinion régnante. Je le reconnais encore : dans les sociétés anciennes, la lutte entre la liberté et l'autorité avait pour objet l'exclusion ou le partage de la souveraineté bien plus que sa délimitation. Toutefois, comme la restriction des pouvoirs des souverains favorisait les agresseurs, ou plutôt les assiégeants, l'inviolabilité de certains droits individuels était revendiquée. L'homme, la tribu ou la caste, dont la conquête ou la naissance était le titre, défendait encore plus son privilége de commander que l'étendue de son droit au commandement. La cause de l'individualité devait donc gagner du terrain. Enfin, lorsque les pouvoirs religieux et les pouvoirs politiques cessèrent d'être confondus, qu'ils eurent des dépositaires et des représentants distincts, on pourrait être tenté de croire que la liberté humaine était condamnée à succomber sous l'étreinte de deux maîtres dont l'un gardait pour lot le gouvernement des actions, en ne disputant que faiblement le gouvernement de la pensée, tandis que l'autre voulait réunir au gouvernement de la pensée une grande part dans le gouvernement des actions. Le pouvoir spirituel prétendant à un empire universel, la liberté profita des vicissitudes, des combats que les deux pouvoirs se livrèrent, des thèses qu'ils soutinrent, des idées qu'ils développèrent pour s'affaiblir réciproquement, et elle finit par se faire concéder ou par se créer une place que son ambition était d'agrandir. Peut-être M. Mill, qui n'a pas la prétention de traiter un sujet nouveau, n'a-t-il pas assez parlé des antécédents et ne les a-t-il point présentés sous un jour tout à fait vrai? Il a de telles suspicions contre la puis-

sance religieuse et même contre la puissance de l'opinion, qui lui apparaissent comme un péril incessant d'envahissement de la vie et de la liberté privée, qu'en jetant un rapide regard sur le passé, il n'a pas eu conscience que sa sereine impartialité subissait quelque altération.

Je ne saurais tenir pour neuve une question qu'Aristote (c'est déjà un certificat d'âge) a débattue et qu'il n'a pas inventée.

M. Guizot regarde la question comme très-vieille, puisque, suivant lui, *l'éternel problème des sociétés humaines, c'est la difficulté de concilier la liberté avec le pouvoir.* (*Des moyens de gouvernement.*)

M. Proudhon (*De la justice dans la révolution et dans l'Église*) prétend que le débat est ouvert depuis Platon.

Bossuet, dans sa controverse avec Jurieu, a été conduit à l'aborder, et, spécialement dans le chapitre 56 de son cinquième avertissement aux protestants, sous la rubrique : *L'intérêt mutuel des souverains et des peuples fait la borne la plus naturelle de la souveraineté,* il a émis des idées qui, sans doute, n'ont plus cours, mais dont il faut tenir compte au moins comme d'un précieux témoignage. « C'est une grande erreur de croire, avec M. Jurieu, qu'on ne puisse donner des bornes à la puissance souveraine qu'en se réservant sur elle un droit souverain. Ce que vous voulez faire faible à vous faire du mal ; par la condition des choses humaines, le devient autant à proportion à vous faire du bien, et, sans borner la puissance par la force que vous vous pouviez réserver contre elle, le moyen le plus naturel pour l'empêcher de vous opprimer, c'est de l'intéresser à votre salut. »

S'il traite la question d'origine du pouvoir et aussi la question de *forme,* lorsque, défendant la royauté héréditaire, il écrit que le peuple doit regarder comme un avantage de trouver son souverain tout fait et de n'avoir pas à remonter un si grand ressort, il ne dédaigne pas non plus la question de *limite,* et, s'il n'organise pas très-sûrement les garanties, il s'occupe d'elles. « *Sans crainte qu'on les contraigne,* les rois habiles se donnent eux-mêmes des bornes ; pour s'empêcher d'être surpris ou prévenus, ils s'astreignent à certaines lois, parce que la puissance outrée se détruit enfin elle-même. »

Un contemporain de Bossuet, le publiciste de la révolution

de 1688, Locke, dans son *Traité du gouvernement civil* demande à l'origine du pouvoir, le contrat social, et à son but, la conservation de ce qui est propre à chacun, sa vie, sa liberté, ses biens, des bornes à la puissance de l'État. Au dix-huitième siècle, la question n'était ni morte ni assoupie, puisqu'on comptait des socialistes : Mably, Morelli; des individualistes : les économistes Quesnay, Mercier de la Rivière, Dupont de Nemours, Turgot et aussi de Gournay; puisque les deux idées extrêmes avaient des drapeaux.

Robespierre a lui-même formulé cette question comme une question vieille, mais aussi comme une question toujours nouvelle, puisqu'elle restait toujours à résoudre : « Donner au « gouvernement la force nécessaire pour que les citoyens res- « pectent toujours les droits des citoyens, et faire en sorte que « le gouvernement ne puisse jamais les vider lui-même, voilà « les deux problèmes à résoudre : le premier est facile, le se- « cond presque insoluble. »

Et à la veille de la terreur, il écrivait : « Fuyez la manie an- « cienne des gouvernements de vouloir trop gouverner. Laissez « aux individus, laissez aux familles le droit de faire ce qui ne « nuit pas à autrui... En un mot, rendez à la liberté individuelle « tout ce qui n'appartient pas naturellement à l'autorité pu- « blique, et vous aurez d'autant moins laissé de prise à l'am- « bition et à l'arbitraire. »

Le principe même auquel on est enclin à demander la solution n'a pas un plus grand caractère de nouveauté. J'emprunte la formule de Mill, d'après la traduction française de M. Dupont-White :

« L'individualité doit gouverner cette partie de la vie qui intéresse principalement l'individu, et la société, cette autre partie qui intéresse principalement la société. Un homme est maître et souverain pour toute la portion de conduite qui ne touche que lui ; il est soumis à la souveraineté sociale pour la portion de conduite qui concerne les autres. »

Ce principe ne correspond-il pas à une classification bien ancienne des devoirs : *devoirs de l'homme envers lui-même, devoirs envers Dieu, devoirs envers ses semblables?*

On s'accorde, en général, dans tout système de gouvernement qui n'est pas théocratique, à reconnaître que les devoirs de l'homme envers lui-même et ses devoirs envers Dieu ne sont

pas du ressort du pouvoir social. Je ne conteste pas l'idée; je trouve seulement à son application quelques difficultés. Y a-t-il beaucoup de devoirs de l'homme qui ne soient exclusivement que des devoirs envers lui-même ou envers Dieu, et dont l'accomplissement n'ait de conséquences que pour lui, que pour son intérêt personnel, sans léser, sans atteindre aucun autre intérêt? Dans la société, l'individu n'est jamais absolument isolé. Il appartient à une famille : fût-il privé de tous rapports de parenté légitime ou naturelle, il aurait d'autres rapports. Les devoirs de l'homme envers lui-même et envers Dieu sont unis par des liens bien étroits, bien intimes, à ses devoirs envers ses semblables. Est-ce que le sentiment de la dignité personnelle et le sentiment religieux ne sont pas la source d'un grand nombre de devoirs sociaux? Comment la société verrait-elle avec indifférence défaillir dans ses membres les sentiments sans lesquels elle n'a plus guère de services à attendre d'eux? Il est donc bien difficile de séparer complétement les devoirs de l'homme suivant leur objet. Non-seulement il n'y a pas entre eux de barrière, mais ils ont tous, dans une inégale mesure, ce caractère commun d'intéresser la société.

Je ne veux pas encore faire d'applications. Je me borne en ce moment à constater que tous nos devoirs envers nos semblables n'ont pas le même degré d'importance. Aussi, nos anciens jurisconsultes, et parmi eux Pothier, divisaient les devoirs de l'homme envers autrui en *devoirs parfaits* et en *devoirs imparfaits*. Pour eux, les devoirs parfaits étaient les devoirs exigibles, c'est-à-dire les devoirs dont l'accomplissement pouvait être imposé par la contrainte. Les devoirs imparfaits ne relevaient que de la conscience, et personne n'avait de titre pour en réclamer l'exécution. La société laissait donc les devoirs imparfaits dans le domaine de la liberté individuelle. La tâche consistait alors à distinguer les devoirs parfaits et les devoirs imparfaits.

J'ai toujours supposé que les devoirs de l'homme envers ses semblables embrassaient et ses devoirs envers un ou plusieurs individus et ses devoirs envers le corps social.

Aujourd'hui nous n'employons plus la même formule. Il s'agit de délimiter la souveraineté individuelle et la souveraineté sociale. Le problème fondamental reste le même.

On peut encore signaler une autre terminologie pour tra-

duire des questions identiques. On a divisé la morale en *morale individuelle*, en *morale religieuse* et en *morale sociale;* on professe que la morale individuelle et la morale religieuse n'ont pas de sanction en ce monde. Mais la morale sociale ne comprend-elle pas une grande partie de la morale individuelle et de la morale religieuse? Ces trois morales ont-elles des frontières bien marquées, n'ont-elles pas beaucoup de principes communs, beaucoup de points de contact? La morale sociale semble envahissante parce qu'elle revendique comme siens, et ils sont sa légitime conquête, des préceptes qui appartiennent, à un titre peut-être plus spécial, à la morale individuelle et à la morale religieuse.

Quoi qu'il en soit, la morale sociale ne doit pas être tout entière armée par le gouvernement et revêtir le caractère de loi obligatoire. Jurisconsultes et économistes répètent à l'envi ces mots de Bentham : « La morale et la législation ont le même centre; mais elles n'ont pas la même circonférence. » Comment donc pouvoir faire les parts entre le pouvoir législatif et le libre arbitre?

Le règlement, nous dirions volontiers le bornage, se complique d'un élément dont nous n'avons point encore parlé. Si l'État n'est pas le gardien de toute la morale, s'il ne peut rien commander qui soit en contradiction avec ses prescriptions, n'a-t-il pas au moins un titre pour imposer, en dehors de la morale sociale, des devoirs fondés sur l'utilité générale, sur le grand profit que la société doit obtenir aux dépens de sacrifices individuels? Privé d'un pareil droit, ne serait-il pas dans l'impuissance de remplir sa mission, toujours de protecteur, souvent d'initiateur et de guide? N'est-il pas chargé de mettre la force, non-seulement au service de la justice, c'est-à-dire de la liberté et de l'égalité de tous devant la loi, mais encore au service du progrès?

J'oublie que je ne discute pas encore le problème. J'indique quelques-unes des variantes dans les termes sous lesquels il s'est produit. N'a-t-on pas aussi souvent opposé la liberté à l'autorité? M. de Girardin n'a-t-il pas mis en regard la souveraineté individuelle et la souveraineté sociale sous les noms de pouvoir *individuel* et de pouvoir *indivis?* Les mots quelquefois vieillissent, sans que l'idée qu'ils expriment soit épuisée. On les rajeunit, on les remplace; et bien qu'on ne fasse pas re-

naître un problème qui n'était pas mort, on lui donne les apparences d'une vie nouvelle, en rappelant à lui la curiosité sous un nom nouveau. A. BERTAULD.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

ÉTUDE SUR LA MORALITÉ COMPARÉE DE LA FEMME ET DE L'HOMME

AU POINT DE VUE DE L'AMÉLIORATION DES LOIS PÉNALES ET DES PROGRÈS DE LA CIVILISATION [1].

Par M. BONNEVILLE DE MARSANGY, conseiller à la Cour impériale de Paris.

I.

LA LOI CRIMINELLE DOIT-ELLE INFLIGER LES MÊMES PEINES A LA FEMME ET A L'HOMME RECONNUS COUPABLES D'UNE MÊME INFRACTION?

C'est là une des plus graves questions que soulève le droit pénal. On sait en effet que la nature et la quotité de la peine sont surtout motivées : 1° par le *degré d'alarme;* 2° par la *perversité relative;* 3° par le *préjudice social et privé* [2].

Or s'il était vrai, d'une part, que les infractions commises par les femmes fussent *moins nombreuses* et *moins graves* que celles commises par les hommes, n'est-il pas clair, tout d'abord, que ces infractions causeraient moins d'*alarme sociale*, moins de *dommage public et privé?*

Et, d'autre part, s'il était vrai que la femme fût incomparablement plus impressionnable à la peine, et par suite beaucoup *moins sujette* à *récidiver*, n'est-il pas clair encore que sa ré-

[1] Ce chapitre et les suivants sont extraits du second volume inédit : *De l'amélioration de la loi criminelle*, dont le premier volume a été publié en 1855, à Paris, librairie de Cotillon, rue Soufflot, 23.

[2] Ortolan, Rossi, Mittermaier, Faustin-Hélie, etc.

pression et son amendement nécessitant une moindre dépense de rigueur, il serait à la fois logique et juste que le législateur *atténuât*, en sa faveur, les pénalités communes édictées par nos Codes?

On voit donc que, pour bien déterminer le genre et le taux des peines qu'il convient d'infliger aux femmes, il faut, tout en tenant compte des conditions particulières de leur sexe et de leur rôle social, exactement rechercher la mesure de l'alarme et du dommage qui résultent de leurs infractions et l'influence plus ou moins efficace que produit sur elles le châtiment; en d'autres termes, *quelle est la moralité comparée de l'homme et de la femme?*

Ces quelques mots indiquent assez l'importance juridique de la nouvelle et délicate étude qui fait l'objet du présent travail.

§ 1.

Dieu avait dit à la femme : « Tu seras *la compagne* de l'homme (*eris socia*) ; » l'égoïsme et la brutalité des temps anciens lui ont dit : « Tu seras *sa servante* (*ancilla*) ; tu seras *son esclave* (*serva*) ; tu seras moins que tout cela, tu seras *sa chose* (*res patris familias*)[1] ; ton possesseur aura le droit de te répudier, de te céder, de *te vendre;* il aura même *le droit de te tuer* (*jus vitæ et necis*) ! »

Telle était, sous l'ère païenne, la situation de la plus faible moitié du genre humain!...

Il est vrai que le christianisme vint enfin relever la femme de cette inique déchéance; mais sa destinée, depuis lors, n'en a pas moins été soumise aux plus étranges vicissitudes.

Ainsi, tandis qu'au moyen âge, de graves docteurs discouraient en latin sur le point de savoir *si la femme avait une âme;* tandis que d'autres savants (les légistes), reconnaissaient à l'homme « le droit de la battre, *sauf à ne la tuer ni bles-*

[1] Dans le royaume de Siam, les lois considèrent la femme comme *la propriété de l'homme*, à tel point que le mari peut abandonner sa femme à titre de gage, de loyer ou de servitude à son créancier, jusqu'à ce que celui-ci soit désintéressé du montant de sa créance. Inutile d'ajouter que, sous cette législation, le meurtre d'une femme n'est puni que du tiers de l'amende édictée pour le meurtre d'un homme. (Abbé Larenaudie, interprète des ambassadeurs siamois à Paris, 1861. — *Bangkok calendar*, printed for the American missionary Association, 1861.)

ser[1], » de preux chevaliers se consacraient à sa défense, arboraient ses couleurs, la comblaient d'hommages, la proclamaient « *reyne de beauté, reyne d'amour, reyne de vertu !...* »

De nos jours encore la femme, comme tout ce qui brille et passionne, semble vouée aux mêmes alternatives de dénigrement et d'enthousiasme ; tour à tour on la chante et on l'injurie[2] ; on l'adore et on l'opprime. Rarement on lui rend justice[3] ; rarement trouve-t-elle dans nos lois et dans nos mœurs la légitime mesure de protection, de respect, d'influence, à laquelle elle a le droit de prétendre !

Cette vérité va éclater à première vue ; car dès qu'on essaye d'étudier les conditions du système de pénalité applicable aux femmes, on se trouve immédiatement en présence de ce problème ancien comme le monde et jusqu'à ce jour non résolu :

« *La femme est-elle moralement meilleure que l'homme ?* »

A cette question, vous n'entendrez faire de toutes parts qu'une seule et même réponse, qui se résume à l'aphorisme si connu de la Bruyère :

« *Les femmes sont extrêmes en tout ; elles sont toujours ou meilleures ou pires que les hommes.* »

Cette opinion est si générale qu'elle semble avoir acquis l'autorité de la chose jugée. Hommes et femmes l'ont acceptée, de guerre lasse, comme une de ces habiles transactions diplomatiques, destinées à satisfaire l'orgueil national des deux parties belligérantes. Aussi la voyez-vous désormais admise dans tous les pays et formulée dans toutes les langues :

« *Das Weib ist Engel oder Teufel !* »

« *Le donne sono o angeli o diavoli !* »

« *As mulheres são anjos ou demonios !* etc. »

[1] « Il loist (est loisible) à l'homme battre sa femme, sans mort ni méhaing (blessure), quand elle le méfait, le dément ou le maudit. En tels cas et en semblables, il est bien mestier (nécessaire) que li maris soient *castierres* (correcteurs) de la femme *raisonnablement.* » (Beaumanoir, ch. 57, n° 6.)

[2] On ferait des milliers de volumes de tout ce qui s'est dit, en prose et en vers, à la louange des femmes.

[3] « Les Italiens et les Espagnols comparent la femme à une châtaigne *belle* au dehors, gâtée en dedans. « *La donna è come la castagna, bella di fuori, dentro ha la magagna.* » Ce proverbe rappelle celui des Romains : « *Sordes mulier est argentata !*

Or, n'en déplaise à la Bruyère et à ses nombreux sectateurs, cette maxime ne consacre qu'une partie de la vérité réelle.

Que la femme soit, en général, *un ange*, je l'admets volontiers; mais qu'elle soit, comparativement à l'homme, *un démon*, c'est là ce que je nie, ce que j'entends contester de la façon la plus absolue. Car s'il est vrai que les femmes s'élèvent au-dessus de l'homme dans la région épurée des vertus sociales, il est faux qu'elles descendent au-dessous de lui dans les abîmes du vice et du crime, ou, pour mieux préciser ma pensée, je maintiens que « *la moralité de la femme est généralement supérieure à celle de l'homme.* »

Tel est le point capital que je dois préalablement établir. Et l'on va voir combien son développement importe aux méditations du philosophe, du législateur et du magistrat; comme aussi l'influence considérable qu'il peut exercer sur les *progrès de la civilisation* et sur ceux *de la réforme des lois criminelles.*

§ 2.

La destination de la femme ici-bas n'est pas uniquement bornée, comme plusieurs l'ont pensé, à embellir la vie de l'homme et à perpétuer sa race; son rôle a une toute autre portée sociale et civilisatrice. C'est dans ce sens que saint Paul disait aux Corinthiens : « L'homme n'a pas été créé pour la femme, *mais la femme pour l'homme*[1]. »

Dieu l'a placée près de l'homme pour être l'agent intime de son bonheur, de sa moralisation, de son salut[2]; pour être l'*ange gardien* du foyer domestique[3]; pour transmettre, avec son lait, une portion de son âme et de son cœur à cette tendre lignée, qu'elle a douloureusement recélée dans son sein, et qu'elle va désormais couvrir de son aile maternelle.

La preuve de cette noble mission est dans la constitution même de la femme, comme dans les qualités particulières dont elle est douée.

Plus sensible et plus douce que l'homme, elle amollit la violente rudesse de son caractère[4]; plus compatissante, elle

[1] Épître 1re aux Corinthiens.

[2] « *Mulier justa vitæ salus est!* » « *die Frau ist Schmuck und Heile der Erde.* »

[3] « *Mulieris bonæ est tueri domum;* » « *mulier proba gubernaculum domûs!* » (Seneca.)

[4] « *Dura tamen molli saxa cavantur aquâ.* »

calmera ses chagrins et guérira ses blessures[1]; plus faible, elle lui impose la nécessité du courage et de la protection[2]; plus aimante, elle épure son cœur par les généreuses aspirations que sa tendresse lui communique; plus pieuse, elle saura ployer son orgueilleuse raison sous l'autorité vivifiante des pensées religieuses[3]. Que dis-je? il n'est pas jusqu'au pouvoir qu'elle a de charmer, qui ne révèle en elle une fin supérieure et cachée! Car elle n'a reçu, dans une plus large mesure, la grâce, la beauté, la vivacité d'esprit, la délicatesse du goût et des sentiments, l'ardeur passionnée des affections, la sublimité du sacrifice et du dévouement, et tant d'autres précieux dons qui expliquent ou justifient son irrésistible empire, que parce que cet empire était nécessaire en vue de la moralisation de l'homme[4]; en un mot, c'est parce que la femme complète, fortifie, ennoblit et *divinise* l'homme que Dieu, après avoir couronné par l'*être humain* l'œuvre magnifique de la création, a pu dire aux époux réunis : « Et maintenant vous serez les dieux de la terre! *et nunc eritis sicut dii!*...

Nos pères, au sein même de leur vie guerrière et sauvage, semblent avoir eu la prescience instinctive du rôle civilisateur réservé aux femmes. « *Les Germains,* dit Tacite, *pensent qu'il y a dans les femmes quelque chose de saint et de providentiel; rarement ils dédaignent leurs avis, et négligent leurs réponses*[5]. »

[1] « *Ubi non est mulier, ingemiscit egens.* » (Eccles., 31, 27.)

[2] « *Sie ist uns Muth in der Beschwerde.* » Homère nous offre, dans les adieux d'Andromaque et d'Hector, la plus saisissante image de cettte force que la faiblesse de la femme communique à l'homme chargé de la défendre. Hector est resté insensible aux excitations des Troyens. Andromaque vient à lui, son jeune enfant dans les bras, elle a le sourire sur les lèvres et les larmes dans les yeux (γελάσασα νοήσαι); et Hector vole affronter la mort! La France a assisté naguère à une scène d'adieux non moins grandiose et poétique; une femme et un enfant résumant, dans leur touchante émotion, les adieux de tout un peuple, ont su inspirer la plus inébranlable intrépidité au prince libérateur et modérateur de l'Italie!

[3] « S'il y a des hommes qui *ne croient pas,* qu'ils soient gagnés à la parole « de Dieu par la vie exemplaire, par la pure et respectueuse conduite *de* « *leurs femmes.* » (1re épître de saint Pierre, ch. 3.)

[4] « *Mulier prorsus res est, quæ magnos sumptus facit natura.* » (Cic.)

[5] « *Germani inesse quin etiam feminis sanctum aliquid et providum putant, nec aut consilia earum adspernantur aut responsa negligunt.* » (Tacite, *Mœurs des Germains.*)

Aujourd'hui c'est dans les pays presque sauvages qu'il faut aller pour trouver cette influence et ce culte respectueux que les Germains accordaient

Et comment, en effet, douter que la femme ne soit prédestinée à l'amélioration de l'homme? N'est-ce pas de sa propre moralité que dépend tout l'avenir d'une génération [1]? N'est-ce pas elle qui jetera dans l'âme de l'enfant le germe, ou des instincts élevés qui en feront un honnête homme, ou des penchants vicieux qui en feront un malfaiteur [2]? Rome a été la première cité du monde, tant que les femmes romaines ont offert le modèle de toutes les vertus domestiques; sa décadence ne date que du jour où, enivrées par les richesses et les vices des nations vaincues, elles abdiquèrent, avec la pureté des mœurs antiques, le secret de leur force et le signe de leur prédestination sociale; que du jour où le sanctuaire de la famille, déserté ou déshonoré par elles, n'a plus été qu'un foyer de scandales et de désordres de toute nature.

De là cette pensée, devenue proverbiale, du philosophe homme d'État, qui a si bien peint la physionomie morale de son siècle :

« *Mulier reipublicæ damnum est aut salus* [3]!... »

Et voilà pourquoi, naguère encore, dans une illustre et savante assemblée, nous entendions, au milieu des applaudissements unanimes, proclamer cette vérité trop méconnue :

« *Pour juger une époque, il suffit de considérer la place qu'y*

aux femmes. « J'ai trouvé (dit un savant voyageur, le docteur Livingston) dans le haut Zambèze, des indigènes très-intelligents. Le trait le plus saillant qui m'a frappé dans ce pays, c'est le haut degré d'estime dont y jouit le *sexe féminin*. Il y a chez ces indigènes beaucoup de femmes qui exercent le pouvoir de *chef*. *Aucun homme ne fait rien d'important sans consulter la femme*. Son avis est pour lui presqu'*une règle*. Là, du reste, les femmes sont admises dans les assemblées publiques; elles y ont voix délibérative. Généralement chez toutes les peuplades de l'Afrique, les femmes sont l'objet des égards et du respect de tous. » (Extr. du *Constit.* du 7 janv. 1861.) — Sans attribuer aux femmes tous les droits que leur concèdent les peuplades du Zambèze, il est certain que notre civilisation est loin d'accorder aux femmes la situation que semblerait justifier leur supériorité morale.

[1] « *Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est.* » (§ 5, lib. L, tit. 16, D., *De verborum significatione.*)

[2] La seule puissante et féconde école des devoirs en ce monde, c'est *la famille...*, la nature a voulu que *la première éducation fût l'ouvrage des femmes*. Ce sont elles qui soignent l'enfant, qui lui apprennent à marcher, à bégayer, *à penser*. Or, *c'est cette première éducation qui surtout fait l'homme!* (Jul. Simon, *Études morales sur les femmes*, — *Revue des Deux-Mondes*, mars 1861.)

[3] Sénèque.

tiennent les femmes. Malheur au temps où leur rôle s'efface, où leur influence s'amoindrit! Le caractère de l'homme s'élève au niveau de leur ambition. QUAND ELLES ABDIQUENT, L'HOMME DÉCHOIT [1]! »

Donc, si comme mères, si comme épouses, si comme sœurs, les femmes sont providentiellement destinées à exercer sur l'homme une influence moralisatrice; si cette influence, dirigée suivant les impénétrables desseins de Dieu, est un puissant et incontestable levier de civilisation, il est facile de comprendre l'intérêt de premier ordre que soulève la question de *moralité comparative des femmes;* car, suivant le degré de cette moralité, leur empire devenant ou fatal ou salutaire, nous verrons apparaître soit un immense danger social, soit un gage certain de sécurité et de grandeur pour l'avenir!...

§ 3.

Mais comment juger la moralité relative de la femme? Où trouver des points certains de comparaison?

Pour cela, nous avons un diagnostic infaillible : *la statistique criminelle.* Je m'explique :

La loi pénale, si elle ne peut réprimer tout ce qui est immoral, punit du moins tout ce qui porte une atteinte grave aux lois éternelles de l'honnêteté [2]; de là ce principe généralement admis « *qu'on peut apprécier avec certitude le degré de moralité d'un peuple par le chiffre moyen de sa criminalité.*

Si cela est vrai, on doit tenir pour constant que la criminalité comparée des deux sexes donne la mesure la plus exacte de *leur moralité respective.*

Seulement, pour garantir la justesse absolue des calculs, deux conditions seront nécessaires :

La première, que les deux sexes offrent un chiffre *égal* dans l'ensemble de la population. Or, à cet égard, le parallèle que nous allons faire sera d'autant plus concluant en faveur des femmes, que leur nombre est comparativement supérieur à celui des hommes [3].

[1] J. Sandeau, disc. de réception à l'Académie française, le 28 mai 1859.

[2] C'est pour cela qu'on les appelle *méfaits* (*malefacta*), par opposition aux actes d'honnêteté, de générosité et de dévouement qu'on appelle *bienfaits* (*benefacta*).

[3] Le recensement officiel constate que sur 35,819,749 habitants, il y a en

La seconde, que les deux sexes se trouvent placés dans d'*égales* conditions d'éducation et d'instruction. Or, sur ce point, les femmes ont encore le désavantage. Car si on leur donne la même éducation morale et religieuse, on est loin de leur assurer la même instruction *primaire* qu'aux hommes [1]; et chacun sait qu'en ce qui touche *l'instruction secondaire* et *supérieure* et *l'instruction professionnelle*, l'État ou les familles font des sacrifices, sans comparaison, plus considérables pour les jeunes garçons que pour les jeunes filles [2]. D'où la conséquence que si l'instruction éclaire l'intelligence, si elle moralise les instincts, si elle facilite et multiplie les moyens de travail, les hommes (outre qu'ils ont la supériorité de forces, de droit, d'intelligence) devraient, à raison de cette instruction, plus longue, plus coûteuse, plus perfectionnée, avoir un discernement plus parfait du bien et du mal et se trouver mieux préparés à affronter les dangers et les nécessités journalières de la vie sociale! En un mot, leur criminalité devrait être moindre que celle des femmes!

Est-ce là ce que constate la réalité des faits? C'est ce que nous allons examiner.

France 16,670,054 hommes contre 17,146,740 femmes. (Stat. crim. de 1850, rapp., tab. O.)

[1] Loi sur l'instruction primaire. Jusqu'en 1850, la loi s'était à peine préoccupée de l'instruction primaire des jeunes filles. La loi de 1833 est muette sur ce point; elle ne soumet les écoles de filles à aucune surveillance universitaire; elle n'oblige pas les communes à fonder des écoles spéciales de filles. Cette mesure n'a été prise que par la loi de 1850, qui oblige les communes de 800 âmes au moins *à avoir une école de filles*.

Aussi le nombre des filles qui reçoivent l'instruction primaire est-il de beaucoup inférieur à celui des garçons.

L'instruction primaire est donnée en France à 1,950,000 garçons et à 1,480,000 filles. Différence 470,000!

De plus, il y a 36,300 écoles communales de garçons, tandis qu'il n'y a que 13,000 écoles communales de filles.

On remarque en Angleterre une disproportion analogue dans l'éducation primaire des deux sexes. — Sur 367,894 couples mariés pendant les années 1839, 40 et 41, 122,458 hommes et 182,378 femmes ont déclaré ne savoir signer.

[2] C'est un fait avéré que l'instruction des femmes est généralement moins avancée que celle des hommes. Ainsi la statistique constate encore que sur 1,000 hommes accusés, 592 savaient au moins lire, tandis que sur 1,000 femmes accusées, 283 seulement possédaient ce même degré d'instruction. (Stat. crim. de 1849. rapp., p. 10.)

II.

SUPÉRIORITÉ MORALE DE LA FEMME AU POINT DE VUE

1° du crime en général;

2° et notamment des méfaits les plus graves.

Nous venons d'établir qu'indépendamment de leur infériorité naturelle de force et d'intelligence, les femmes sont relativement plus nombreuses dans le chiffre total de la population et qu'elles reçoivent généralement une instruction moins perfectionnée que les hommes. Et nous en avons conclu qu'ainsi, moins prémunies contre les périlleuses éventualités de la vie sociale, elles devraient, à moralité égale, offrir, dans les chiffres de la statistique, un contingent de crimes plus élevé que celui des hommes.

Ces données posées, voyons quelle a été en France, de 1826 à 1850, la *criminalité comparée* des hommes et des femmes. Je choisis cette période, parce que la statistique de 1850 a *totalisé* les résultats de ce quart de siècle. Du reste, les comptes publiés de 1850 à 1860 ne font que confirmer, d'une façon presque invariable, les renseignements des vingt-cinq années précédentes[1].

§ 1.

Je m'attache tout d'abord aux infractions qualifiées *crimes;* à celles qui, portant la plus dommageable atteinte à la sécurité des personnes et des propriétés, révèlent au plus haut degré la perversité humaine.

De 1826 à 1850, 185,075 individus ont été inculpés de crimes.

Sur ce nombre on compte 153,154 hommes (83 sur 100!); et combien de femmes? — 31,020 seulement (17 sur 100!!).

« De sorte, dit M. le garde des sceaux, que nous trouvons un homme coupable de crime sur 2,722 habitants du territoire de l'empire, et une femme coupable de crime sur 3,427 habitants; soit 83 *hommes criminels, contre* 17 *femmes*[2]! »

[1] Stat. crim. de 1850 à 1859.

[2] Stat. de 1850, rapp., p. 12.

On voit donc qu'au point de vue du *crime en général*, la supériorité morale de la femme sur l'homme est incontestable, puisqu'il résulte des chiffres officiels de la statistique que la criminalité de l'homme est à celle de la femme comme 83 est à 17; ce qui revient à dire que ***la femme est six fois moins perverse que l'homme***[1]!

§ 2.

Si, après avoir considéré le crime en général, nous l'envisageons dans ses espèces les plus graves, nous voyons apparaître, sous un nouveau jour, la moralité relative de la femme.

De tous les crimes les plus redoutables, ceux qui révèlent le plus de perversité sont, sans contredit, ceux *contre les personnes*, et c'est pour cela que la loi leur a réservé ses plus terribles châtiments.

Eh bien! sur 100 accusés de cette dangereuse catégorie, la statistique compte 85 hommes et seulement 15 femmes[2]!...

Encore faut-il dire que plus de moitié des femmes poursuivies, pour crimes contre les personnes, étaient inculpées d'*infanticide*, de *suppression de part* et d'*avortement*, trois natures d'attentats en quelque sorte spéciales à leur sexe[3], et les seules dans lesquelles les femmes soient en majorité.

[1] Ce remarquable résultat, dont nous indiquerons ci-après les causes, n'est point particulier à la France. On le voit se reproduire dans tous les pays où la statistique criminelle permet de le constater. Ainsi la statistique d'Angleterre nous apprend que sur 100 accusés de crimes, on compte 81 hommes contre 19 femmes. D'où résulte ce fait curieux que les femmes françaises, si vives, si légères, si passionnées, dit-on, ont sur la femme anglaise, en apparence plus grave, plus méthodique, plus réservée, une supériorité de vertu et de moralité relatives, qui se chiffre par 2 pour 100! Au point de vue des relations internationales, il y a là pour l'Angleterre un avantage qu'on n'avait pas compté au nombre de ceux que lui assure le récent traité de *libre échange*, qu'elle a conclu avec la France.

[2] Stat. crim. de 1850, rapp., p. 16.

[3] Quelque abominables que soient ces crimes, du moins faut-il reconnaître qu'ils procèdent le plus souvent, moins de l'atrocité de la mère coupable, que de l'égarement momentané où la jettent la honte de sa faute, la crainte de sa misère et l'abandon de son séducteur. Cela est si vrai que la plupart des mères infanticides sont sans antécédents *judiciaires*, et que rarement ces condamnées sont reprises pour crime ou délit contre *les personnes*. Aussi le nouveau projet de Code pénal portugais admet-il comme circonstance atténuante de l'infanticide, le désir qu'a eu la coupable *de cacher son déshonneur* « *para occultar a sua deshonra.* »

On a dit souvent, à propos de ces trois genres de crimes, que la faute en est plus au séducteur qu'à la malheureuse créature séduite et abandonnée. Je me borne à faire une réflexion générale qui plane, comme circonstance atténuante, sur la criminalité des femmes : c'est que l'empire exercé par l'homme sur les sens et le cœur de la femme est comme la cause indirecte de la plupart des méfaits qu'elle commet. Les philosophes romains avaient entrevu cette vérité. « *Mulier*, disaient-ils, *amissâ pudicitiâ, nihil abnuerit!* » Sans aller aussi loin, la statistique constate que : « *l'infraction aux lois de la pudeur précède très-souvent chez la femme l'infraction aux lois pénales.* » En effet, ajoute-t-elle, un cinquième des femmes annuellement traduites aux assises avaient eu des enfants naturels ou vivaient en concubinage[1] ! »

Maintenant parcourez toutes les catégories de crimes, soit contre les personnes, soit contre les propriétés, soit contre l'ordre public ; vous allez voir non-seulement les femmes partout en minorité, mais leur nombre décroître suivant que la nature de l'attentat est plus dangereuse et plus grave, alors même que ces crimes semblent plus appropriés à leur caractère et à leur faiblesse.

Ainsi, par exemple, le poison est l'arme ordinaire de la faiblesse cupide, ou haineuse, ou vindicative. C'est l'arme des femmes marâtres et des épouses adultères : « *Mulier noverca aut adultera, ergo venefica.* » Il semble donc que, par sa débilité même, non moins que par ses habitudes de vie intérieure, la femme devrait, beaucoup plus souvent que l'homme, recourir au perfide moyen de l'*empoisonnement*.

C'est le contraire qui arrive! sur 100 accusés d'empoisonnement, on ne compte que 43 femmes contre 57 hommes[2] !

J'en dis autant de l'*incendie*, crime que, grâce au perfectionnement des sciences chimiques, l'être le plus faible peut aujourd'hui si facilement commettre. La femme, plus que l'homme sans doute, y devra trouver la satisfaction de ses jalousies, de ses rancunes, de ses haines secrètes. Mais non ; nous ne voyons encore là que 26 femmes contre 74 hommes, parmi les accusés de ce crime odieux[3] !

[1] Stat. crim. de 1850, rapp., p. 14.
[2] Stat. crim. de 1850.
[3] *Ibid.*

De même pour le *parricide*, attentat si abominable que l'antiquité païenne n'avait osé le prévoir! — 1 femme contre 3 hommes[1]!...

Enfin, parcourons la trop longue série de ces autres grands attentats qualifiés *meurtres* et *assassinats*. Que trouvons-nous? 572 hommes contre 42 femmes[2]!

Voudra-t-on expliquer ces faits en disant que la femme est plus timide et moins résolue que l'homme? Mais je viens de citer précisément les crimes qui impliquent la ruse et la lâcheté! Au surplus je n'ai pas à prouver ici que la femme sait au besoin trouver dans son cœur ou dans ses passions les plus énergiques élans d'audace, de courage et de résolution! Si donc elle commet moins que l'homme les méfaits atroces et violents, ne dites pas qu'elle est plus timide; dites qu'elle est plus douce, plus bienveillante, plus sensible, en un mot, meilleure que l'homme!...

J'ajoute qu'elle a plus de droiture et de probité!

Prenons pour exemple le vol *domestique*.

Il n'est pas douteux que les femmes ne figurent dans la condition de domesticité en nombre infiniment plus considérable que les hommes; elles devraient donc commettre un bien plus grand nombre de ces sortes de méfaits. Or, sur 100 accusés de ce crime, on ne compte que 40 femmes sur 60 hommes[3]!...

Enfin, s'il est vrai que, par son état permanent de sujétion, la femme soit irrésistiblement entraînée à la dissimulation et au mensonge; et si par suite, comme le déclarait la loi romaine, *la femme est moins croyable que l'homme*[4], ou s'il se faut bien garder, aux termes du Deutéronome, d'admettre leur témoignage (XXVII. 6.), à cause, dit l'historien Josèphe, de *la hardiesse et*

[1] Stat. crim. de 1850.

[2] *Ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] *Non mulieri creditur sicut viro!* Aussi le témoignage des femmes était-il en droit romain généralement repoussé. Il en était de même chez les Grecs et chez la plupart des peuples de l'antiquité. Cette exclusion tenait plutôt à l'espèce d'esclavage qui enchaînait alors la femme qu'au peu de confiance qu'on accordait à son témoignage. — L'incapacité testimoniale s'est maintenue même dans les siècles derniers. « La vera misura della credibilità di testimonio non e che l'enteresse che egli ha di dire o non dire il vero; *onde appare frivolo il motivo della debolezza nelle donne.* » (Beccaria.)

de la légèreté de leur sexe[1]; il devient évident que parmi les témoins qu'appelle à elle la justice, on devrait trouver plus de fausseté dans les femmes que dans les hommes. Or, sur 100 accusés de *faux témoignage*, combien trouvons-nous d'hommes? — 75. Et combien de femmes? — 25[2]!...

Donc, au point de vue des grands attentats qu'on appelle *crimes*, la femme est en général 6 *fois moins perverse que l'homme!*

Spécialement, elle attente 6 *fois moins* que lui *à la sécurité* de ses semblables; 4 *fois moins à leur propriété;* 4 *fois plus* que lui elle respecte *la vérité* devant la justice; elle manque 3 *fois moins* que l'homme aux pieux devoirs de *l'amour filial;* enfin nous verrons bientôt que les vertus et les sentiments que fait naître *le mariage* ont une influence moralisatrice 8 *fois plus* énergique sur la femme que sur l'homme!

Je pourrais, ce me semble, m'arrêter là; car la supériorité morale de la femme est déjà authentiquement constatée. Mais il m'importe, en vue des conclusions que je veux tirer du présent travail, de compléter la démonstration.

III.

MORALITÉ COMPARÉE DE LA FEMME ET DE L'HOMME AU POINT DE VUE DES DÉLITS.

§ 1.

Nous avons comparé la moralité relative des deux sexes, en ce qui touche les grands attentats, et déjà nous avons constaté ce résultat très-remarquable, à savoir : « que, toute proportion gardée, *les femmes commettent six fois moins de crimes que les hommes*[3].

Si, de la *grande* criminalité, nous descendons à la *petite*, c'est-à-dire aux infractions qu'on appelle DÉLITS, nous allons voir de nouveau ressortir la supériorité morale de la femme; seulement, comme ces infractions semblent plus appropriées à

[1] IV, 8, 34.

[2] Stat. crim. de 1850.

[3] V. stat. crim. de 1850, rapp., p. 56. Ces résultats n'ont fait que s'améliorer depuis 1850; le contingent des femmes diminue chaque année, et, en 1859, il est tombé, comme pour les crimes, à 17 sur 100! (Stat. crim. de 1859, rapp., p. 12.)

sa faiblesse, le triomphe de sa moralité apparaîtra dans une mesure un peu moins éclatante.

Sur 4,949,768 prévenus de délits, jugés de 1826 à 1850, on comptait 3,947,329 *hommes* (797 sur 1,000) et 1,002,439 *femmes* (203 sur 1,000 !) [1].

Ainsi les femmes commettent en général 5 *fois moins* de délits que les hommes ! Nous pourrions presque dire 6 fois moins; car la statistique nous révèle ce fait curieux que, de 1826 à 1850, le nombre des prévenus (hommes) a constamment *augmenté*, tandis que celui des femmes prévenues a sans cesse *diminué*. « On comptait en effet, dit M. le garde des sceaux, de 1826 à 1835, 223 femmes sur 1,000 prévenus des deux sexes; on n'en compte plus que 196 sur 1,000, de 1836 à 1840, et 173 sur 1,000, de 1846 à 1850 [2] ! »

Du reste, en matière de délits comme en matière de crimes, les femmes manifestent toujours moins de *précocité*.

« On remarque, dit encore M. le garde des sceaux, parmi les prévenus, un nombre proportionnel de femmes *mineures* de beaucoup inférieur à celui des hommes en âge de minorité [3]. »

§ 2.

Pour mieux saisir le parallèle moral de la femme et de l'homme, nous supplions le lecteur de vouloir suivre de l'œil les chiffres du tableau ci-après, que nous extrayons de la statistique criminelle; il ne sera pas la page la moins concluante de cette instructive étude.

[1] Stat. crim. de 1850, rapp., p. 12.

[2] Stat. crim. de 1850.

[3] « Sur 1,000 prévenus, on compte 167 mineurs du sexe masculin, et sur 1,000 femmes prévenues, seulement 132 filles mineures. » (Stat. crim. de 1850, rapp., p. 57.)

TABLEAU DES DÉLITS LES PLUS GRAVES OU LES PLUS FRÉQUENTS [1].

NATURE DES DÉLITS.	NOMBRE PROPORTIONNEL SUR 1,000	
	Hommes.	Femmes.
Attentats aux mœurs (proxénétisme)	319	651
Adultère	528	472
Diffamation et injure	724	276
Vols simples	750	270
Mendicité	774	226
Tromperie sur la nature et la quantité de la marchandise	798	202
Abus de confiance	806	194
Escroquerie	828	172
Vagabondage	834	166
Outrage *public* à la pudeur	868	172
Rupture de ban	874	126
Coups et blessures volontaires	878	122
Dévastation de plants et récoltes	882	127
Délits contre la religion	887	113
Rebellion, outrages et violences contre des fonctionnaires publics	905	95
Infraction aux lois sur la chasse	995	5
TOTAUX	12,650	3,389

Ce rapprochement synoptique offre déjà un intérêt extrême, en ce qu'il nous donne *l'échelle décroissante* de la criminalité des femmes, depuis le délit qu'elles commettent *le plus*, jusqu'à celui qu'elles commettent *le moins;* mais, en outre, il va nous fournir, au point de vue moral et philosophique, des indications d'autant plus précieuses qu'elles sont officiellement incontestables et généralement trop peu connues.

En effet, si nous voulons suivre, de bas en haut, les degrés de ce *thermomètre*, des infractions respectives du sexe *fort* et du sexe *faible*, en faisant abstraction du *seul* genre de délit que les femmes commettent plus que les hommes, nous sommes forcés de reconnaître :

1° Que, nonobstant le souvenir de la Diane chasseresse et de nos valeureuses châtelaines du moyen âge, les femmes d'aujourd'hui recherchent peu les enivrantes et délictueuses émotions *de la chasse* (5 sur 100!);

[1] Stat. crim. de 1850, rapp., p. 16.

2° Que, beaucoup plus habituées qu'on ne le pense à la soumission et à l'obéissance, elles commettent, 10 *fois moins* que l'homme, les délits de *rebellion, d'outrages et de violence contre les dépositaires de l'autorité;*

3° Que, 9 *fois plus* que nous, elles conservent le respect des choses saintes et les salutaires préceptes dont la religion a éclairé leur enfance;

4° Que, 8 *fois moins* que nous, on les voit se livrer à la *dévastation* absurde et impie de *ces fruits ou récoltes* qu'a semés la main du laboureur et fécondés la rosée du ciel;

5° Que, malgré l'irritabilité d'humeur qu'on leur attribue [1], elles ont, grâce à la douceur naturelle de leur caractère, bien plus qu'à leur faiblesse, 8 *fois moins* que nous, ces instincts querelleurs et violents qui motivent les accusations de *coups et blessures;*

7° Que, 7 *fois moins* que nous, elles désertent le foyer de la famille pour cette vie aventureuse et nomade que la loi qualifie *vagabondage;*

8° Que si, dans l'intérêt de nos mauvaises passions, elles commettent fréquemment le honteux et secret trafic du proxénétisme, en revanche elles ont, 7 *fois plus* que nous, ce fonds de réserve et de respect humain, qui les éloigne des *outrages publics à la pudeur;*

9° Que bien que, de temps immémorial, elles passent pour *fines* et *rusées* [2], toujours est-il qu'elles se livrent, 5 *fois moins* que nous, à ces déloyales et frauduleuses manœuvres qu'on appelle *escroqueries;*

10° Que, contrairement aux habitudes de déloyauté et d'*infidélité* qu'on leur suppose [3], 3 *fois moins* que l'homme, elles *abusent de la confiance* qu'on a mise en leur honnêteté;

11° Que quoiqu'elles aient, au suprême degré, l'esprit délié du négoce, le goût de l'épargne, et quelque peu aussi, dit-on, *l'âpreté du gain,* cependant elles trompent, 4 *fois moins*

1 « *Sed neque fulvus aper mediâ tàm sævus in irâ est.* » (Ovide.)
« *Quid sinat inaurum fœminæ præceps furor?* » (Sénèque.)

2 « *Instruitur omnis fraude fœmineâ dolus!* » (Sénèque.)
. . . . . *componere fraudes*
Hoc unum didicit fœmina semper opus! (Properce.)

3 « *In mulieribus fidem non licet videre*
« *Quàm infida res est muliebris natura!* » (Plaute.)

que nous, leurs acheteurs sur *la nature et la quantité de la marchandise vendue;*

12° Que, 3 *fois moins* que nous, elles s'abaissent à *mendier* le pain de l'aumône et les secours de la charité publique; ce qui prouve apparemment qu'elles sont, et plus laborieuses, et plus sobres, et plus fières que l'homme lui-même;

13° Que, quelle que puisse être l'extrême *ardeur de leurs désirs* [1], elles éprouvent, 2 *fois moins* que nous, ces basses et honteuses convoitises qui entraînent au vol;

14° Que, bien qu'elles aient aussi la réputation vraie ou fausse de *trop parler* [2] ou d'avoir, comme disait Charlemagne dans ses célèbres capitulaires, la parole *in promptu* [3], elles *injurient et diffament* cependant 2 *fois moins* que nous;

15° Et finalement, puisqu'il faut le dire, c'est encore la statistique qui, avec sa froide impartialité, constate ce fait, que les femmes, dont on a tant accusé *la fragilité* [4], sont beaucoup moins sujettes que les hommes à briser, par *l'adultère*, la foi du lien conjugal [5]!

16° Ajoutons, pour terminer ce parallèle, que les femmes ont 3 *fois plus* de courage et de résignation que nous, puisque sur 4,189 *suicides* constatés chaque année, et qui auraient eu pour cause la misère et les souffrances physiques ou morales, on compte 3,161 hommes (75 sur 100) contre 1,028 femmes seulement (25 sur 100) [6]!

Or, je demande si l'on peut imaginer quelque chose de plus

[1] « *Désir de femme est un feu qui dévore.* » (Gresset.)
D'où ce proverbe populaire : « *Ce que femme veut, Dieu le veut!* »

[2] « *Nec mutam profecto repertam ullam esse*
« *Hodie dicunt mulierem ullo in seculo.* » (Plaute.)

[3] Cap. Car. Mag. — Sous l'ancien droit, la femme qui injuriait ne payait que demi-amende. Le motif de cette indulgence était, suivant les glossateurs, parce que « les femmes ont *la parole prompte et la colère plus prompte encore que la parole.* »

[4] « *Fragilité*, c'est le nom de la femme! » (Shakspeare.)

[5] Ce fait est d'autant plus significatif que l'adultère de la femme est punissable *partout* où il est commis, et celui du mari, dans les cas seulement d'entretien d'une concubine dans la maison conjugale, sauf le cas de complicité avec une femme adultère.

[6] Stat. crim. de 1850, rapp., p. 35. — Ce résultat n'a fait que s'améliorer depuis 1850. Aussi voit-on qu'en 1858 et 1859, le nombre proportionnel des suicides pour les femmes est descendu à 21 pour 100. (Stat. crim. de 1859, rapp., p. 18.)

clair, de plus démonstratif, de plus éloquent que de tels résultats?...

Que si maintenant, à cette récapitulation *des délits*, vous voulez réunir les constatations faites au sujet des grandes infractions qualifiées *crimes*, il en ressortira cette conséquence :

Que la violation des lois morales et sociales est, de la part de la femme, infiniment moins fréquente et moins grave que de la part de l'homme!

§ 3.

Supériorité morale de la femme au point de vue de l'amendement.

Mais ce n'est pas assez d'avoir prouvé, qu'alors même qu'elles sont dégradées par l'infraction, les femmes conservent encore, au regard des hommes, une supériorité relative; il nous reste à démontrer que leur nature est plus perfectible, en ce sens que, plus que l'homme, elles sont sensibles à l'avertissement pénal; en ce sens que, mieux que lui, elles savent se relever et se réhabiliter de leurs fautes graves.

« En matière de délits, dit M. le garde des sceaux, les récidives sont *presque* aussi fréquentes parmi les femmes que parmi les hommes [1]; mais il n'en est pas ainsi devant les Cours d'assises : là, tandis que sur 1,000 hommes accusés on compte 279 récidivistes, on ne trouve que 118 récidivistes sur 1,000 femmes accusées [2]! »

Donc, en ce qui touche les méfaits graves (crimes), les femmes déjà frappées par la justice, récidivent 2 *fois moins* que les hommes!

Il y a là, en faveur des femmes, un des indices les plus frappants de leur supériorité morale.

« *Humanum peccare*, disent les docteurs, *sed* DIABOLICUM *perseverare*. »

Or, puisque les femmes *persévèrent* dans le crime 2 *fois moins* que les hommes, il est évident qu'elles ont deux fois moins qu'eux cet endurcissement audacieux qui fait du délinquant une sorte de *démon* (*diabolicum*).

Et par contre, puisqu'elles sont deux fois plus impressionna-

[1] « Ceci tient, dit M. le garde des sceaux, à cette circonstance, que les femmes sont généralement poursuivies pour les délits qui fournissent le plus de récidives. »

[2] Stat. crim. de 1859, rapp., p. 69.

bles à la peine, deux fois plus accessibles au repentir, il en résulte qu'elles sont doublement aptes à reconquérir cette *quasi-innocence* qui est le fruit ineffable de l'*amendement*.

« *Quem pœnitet pene innocens est!* »

Nous sommes heureux d'avoir pu, par le rapprochement de ces documents nouveaux et authentiques, constater d'une façon certaine, pour la première moitié de ce siècle, la supériorité morale des femmes [1], au point de vue des infractions en général, et spécialement de celles qui portent la plus grave atteinte à l'ordre public ou au repos de la société.

Donc, si les poëtes continuent à appeler les femmes : le *beau sexe*, les hommes sérieux et justes pourront désormais (lorsqu'ils consentiront à s'occuper de leur sort) leur décerner une qualification non moins bien méritée, celle de *bon sexe!*

Ainsi se trouve réhabilitée, grâce aux récents travaux du ministère de la justice, cette antique et divine alliance entre LE BEAU et LE BON (*pulchrum* et *bonum*) lesquels, suivant Platon, ne devraient jamais être séparés, parce qu'ils sont les deux formes diverses de la perfection idéale.

IV.

CAUSES DE LA SUPÉRIORITÉ RELATIVE DES FEMMES.

§ 1.

Mais d'où provient cette supériorité morale?

Il y avait là un fait trop remarquable pour ne pas frapper l'attention du chef suprême de la justice. Aussi, après l'avoir lui-même fait ressortir, M. le garde des sceaux a-t-il cherché à en indiquer les causes.

[1] Bien que je n'aie dû parler ici que des femmes *françaises*, il n'est pas douteux pour moi, dois-je répéter encore, que les statistiques des autres États du monde civilisé donnassent exactement les mêmes résultats, par la raison que ces résultats tiennent à la *nature propre de la femme*, qui, partout, est à peu près la même. On a vu que les statistiques d'Angleterre, les seules que j'aie pu consulter, donnent, à quelques unités près, *les mêmes chiffres* que celles de la France. Je suis persuadé à l'avance que les statistiques du Portugal, que je n'ai pas encore reçues, constatent également la supériorité morale des femmes lusitaniennes.

« *Cette supériorité morale de la femme*, dit-il, *est due à son éducation première et à ses habitudes sédentaires*[1]. »

M. le garde des sceaux n'entend évidemment pas dire que *l'éducation première* des femmes soit plus soignée, plus surveillée, plus perfectionnée que celle des hommes; car nous avons vu que l'éducation morale, religieuse et intellectuelle des deux sexes est *la même*, à cette différence près qu'on se préoccupe beaucoup moins de *l'instruction primaire* des femmes; ajoutant que, s'il y a de la part de l'État et des familles un redoublement de sollicitude et de sacrifices, c'est en faveur de l'éducation *secondaire*, supérieure et professionnelle des jeunes garçons.

Ce que, dans sa haute clairvoyance, M. le garde des sceaux a voulu dire, c'est que « *le souvenir et les enseignements de l'éducation première produisent une impression plus féconde et plus durable sur la femme que sur l'homme*[2]. »

Ainsi entendue, l'observation de M. le garde des sceaux est aussi judicieuse que frappante. Mais il reste à se demander pourquoi il en est ainsi, pourquoi ce résultat différent produit par une éducation que les hommes reçoivent dans une mesure égale et même supérieure.

Pourquoi? C'est qu'apparemment la femme a l'esprit plus docile, le caractère plus souple et plus doux, le cœur plus accessible soit aux préceptes de la morale religieuse, soit aux sentiments généreux et purs; c'est qu'elle a des instincts plus honnêtes et plus droits, des habitudes plus réservées et plus sobres, une nature plus délicate, plus noble, plus facilement perfectible; c'est qu'enfin, malgré son imagination plus ardente, elle sait mieux maîtriser les penchants qui conduisent au crime, et c'est là précisément la vraie cause de sa supériorité morale[3]!...

Quant aux *habitudes sédentaires*, on peut douter qu'elles soient

[1] Stat. crim. de 1850, p. 12.

[2] « *Facilius mulieres antiquitatem* (*mores antiquos*) *conservant, quod multorum sermonis expertes, ea tenent semper quæ prima didicerunt.* » (Cic., *De leg.*)

[3] L'honorable M. Rérenger, de la Drôme, l'a ainsi entendu; car, pour expliquer cette supériorité morale de la femme, il a eu soin d'ajouter aux deux causes signalées par M. le garde des sceaux deux autres causes plus vraies, à savoir : *leurs instincts* et *leur tempérament*. (*De la répression pénale et de ses effets*, 1852.)

une cause de moralité, lorsqu'on voit, par la statistique même, que les hommes voués aux professions *sédentaires*, comme les *tailleurs*, *coiffeurs*, *chapeliers*, *cordonniers*, etc., fournissent à la criminalité un des contingents les plus élevés; et ce doute devient une certitude, si l'on compare la criminalité des deux sexes placés dans les mêmes conditions *de vie sédentaire* (ouvriers des ateliers et manufactures). Là encore les femmes conservent, eu égard au nombre des crimes commis, le même degré de supériorité morale[1].

Ainsi donc, ce n'est pas parce que l'homme est plus exposé aux nécessités, aux hasards, aux dangereuses séductions de la vie *extérieure*, qu'il commet six fois plus de crimes; c'est, je le répète, parce qu'il a une nature moins noble, moins délicate, moins perfectible que la femme; et pour que cette vérité soit désormais une notion acquise à la science philosophique, qu'on me permette d'en donner immédiatement trois preuves nouvelles et incontestables que me fournit encore la statistique criminelle.

Il est évident qu'un des indices les plus certains d'une mauvaise nature, c'est la *précocité* dans l'inconduite. Comparons sur ce premier point les deux sexes.

On sait que, comme supplément à la discipline domestique, la loi permet aux parents de faire détenir, à titre de *correction paternelle*, l'enfant dont la conduite donne des sujets de mécontentement très-graves[2].

La moyenne annuelle des ordonnances qui prononcent ces arrestations disciplinaires est de 970.

Sur ce nombre voulez-vous savoir combien il y a de garçons? 601 (62 pour 100!) — Et combien trouvez-vous de jeunes filles? 361 seulement (38 pour 100)[3].

Vous voyez donc que, dès leur jeunesse, alors qu'ils sont encore dans les liens protecteurs de la minorité et sous l'abri de la tutelle paternelle, les hommes se montrent déjà *moins* dociles que les femmes à *cette première éducation* morale et religieuse qu'on s'efforce de leur donner, *moins* soumis et respectueux envers leurs parents, *moins* réguliers dans leur conduite et dans leurs mœurs.

[1] V. à ce sujet la série des stat. criminelles.
[2] Code Napoléon, art. 375 et suivants.
[3] Statistique civile de 1827 à 1857.

Ces velléités précoces d'insurrection contre la discipline domestique font assez présager qu'ils devront, en plus grand nombre et plus tôt que les femmes, s'élancer dans la fatale carrière du crime.

Comparons sur ce second point les deux sexes.

Là continue à se révéler la nature plus mauvaise de l'homme.

« Les femmes, dit M. le garde des sceaux, entrent en général PLUS TARD que les hommes dans la carrière du crime[1]. »

« En effet, continue M. le ministre, sur 1,000 accusés du sexe masculin, on en compte 179 âgés de moins de 21 ans; tandis que sur un même nombre de femmes accusées, nous n'en trouvons que 145 n'ayant pas atteint leur 21e année. Ce résultat se reproduit annuellement[2]. »

Il est donc permis de penser que la précocité plus grande des jeunes garçons dans l'inconduite et dans le crime (bien que leur développement physique et moral soit moins hâtif) tient à des instincts plus prononcés d'audace, d'indiscipline et de perversité natives.

Mais la statistique va nous signaler une troisième preuve, non moins éclatante, des causes réelles qui justifient pour nous ces divers résultats comparatifs.

M. le garde des sceaux constate un fait curieux qui, à lui seul, prouverait que cette *supériorité morale*, qu'il reconnaît dans les femmes, a ses racines dans les plus purs sentiments du cœur humain.

Si les deux sexes étaient dans les mêmes conditions d'heureuse et perfectible nature, il est une institution qui devrait avoir sur eux une égale influence moralisatrice: je veux parler *du mariage*, cette sauvegarde des bonnes mœurs, cette école des plus saints devoirs, ce foyer des plus douces et des plus touchantes émotions!

Or, voyons les conséquences révélées par la statistique.

« Il n'y a, dit M. le garde des sceaux, qu'une accusée sur 16,235 femmes *mariées*. On trouve, au contraire, un accusé sur 2,824 hommes *mariés!* »

Il est donc vrai que le mariage, qui est pour la femme une source féconde de sentiments honnêtes, est loin de produire sur l'homme le même effet salutaire. Le cœur de l'une s'épure

[1] Stat. de 1851.
[2] *Ibid.*

au sein de la famille; celui de l'autre garde ses vices et ses passions mauvaises; d'où il résulte, en définitive, que les maris qui, investis de l'autorité conjugale et paternelle, devraient à toute leur maison le *bon exemple* [1], commettent relativement *huit fois plus de crimes que leurs femmes.*

Et c'est là précisément ce qui explique pourquoi nous voyons chaque année 1,777 *demandes en séparation* intentées à la requête de *la femme*, contre 200 seulement à la requête *des maris* [2]!

Ce n'est pas tout: nous venons de voir que le mariage relève, fortifie, moralise la femme. Par contre, le veuvage, qui brise ses affections, qui la livre à l'abandon, souvent à la misère, devra être pour elle une cause prévue de *déchéance* et de *démoralisation.*

En effet, sur 1,000 femmes accusées, on compte 100 veuves; sur 1,000 hommes accusés, on ne compte que 34 veufs.

Outre la cause générale que je viens d'indiquer, ce résultat s'explique encore en ce que, d'une part, le mari, gagne-pain de la famille, ne perd pas par le veuvage les moyens d'existence; et d'autre part, ajoute avec raison M. le garde des sceaux, « *parce que les hommes veufs convolent plus facilement à de secondes noces, que les femmes veuves* [3]. »

Ce n'est pas tout encore. L'amour des enfants, qui devrait au même degré sanctifier le cœur des deux époux, est beaucoup plus pour la femme que pour l'homme une aspiration vers le bien, un préservatif contre les tentations coupables.

C'est encore la statistique qui nous donne ce précieux renseignement: « Sur 1,000 femmes accusées, on n'en compte que 261 *ayant des enfants;* tandis que sur 1,000 hommes accusés, nous en trouvons 324 pères de famille [4]. »

[1] L'autorité paternelle et conjugale étant une véritable magistrature domestique, le père et le mari doivent, comme les magistrats, le bon exemple au public. « *Cæteris specimen esto!* » Il faut que la conduite de leur vie serve constamment de règle aux autres. (Lettre de Louis XIII au parlement de Paris, 1632.)

[2] Stat. civile de 1858, p. 95.

[3] Stat. de 1850. — En effet, le dernier dénombrement quinquennal de la population française, publié en 1861 par le ministre de l'intérieur, justifie *en fait* cette appréciation de M. le ministre de la justice, car il établit que le nombre des *femmes veuves* est *double* de celui des *hommes veufs*, c'est-à-dire comme 18 est à 9.

[4] *Ibid.*

Et voulez-vous de nouveau la preuve que la moralité de la femme tient surtout aux généreuses tendances que sa droite nature puise dans les austères devoirs du *mariage* et de la *maternité ?*

Qu'une cruelle fatalité lui enlève et son mari et ses enfants, aussitôt, comme si sa force devait s'évanouir avec ses affections, comme si sa vertu était enchaînée à son bonheur, elle abdique toute supériorité morale. Alors la proportion se renverse :

« Sur 1,000 femmes accusées, on compte, dit M. le garde des sceaux, 23 *veuves et sans enfants*, tandis que sur 1,000 hommes accusés, nous ne trouvons que 7 *veufs et sans enfants !* »

De ces faits je pourrais déjà très-certainement conclure que, si la femme commet moins de crimes et de délits que l'homme, et si, plus que lui, elle s'amende sous la salutaire étreinte de la peine, cela tient uniquement à ce que Dieu, à raison même du rôle bienfaisant et moralisateur qu'il lui destinait, l'a douée d'une nature plus parfaite à tous égards que la nôtre.

Mais j'ai à cœur de fortifier encore cette démonstration par quelques nouvelles considérations, qui vont imprimer le sceau de l'évidence la plus irrécusable aux notions physiologiques et presque religieuses que j'ai hasardées au début du présent travail.

§ 2.

L'opinion généralement admise dans les croyances symboliques du christianisme, c'est que *Dieu* représente, dans sa plus haute expression, la bonté, la justice, l'ensemble de toutes les vertus ; et *Satan*, au contraire, la ruse, la malice, l'intelligence : l'un est l'*innocence*, l'autre le *péché*. Le *Malin* l'emporte par l'*esprit*[1], *Dieu* par le *cœur*.

Et cependant le *bon Dieu* reste toujours le vrai maître, le père de toute joie, de tout bien, le protecteur et le sauveur du monde ! l'autre n'est qu'un rebelle usurpateur, source de tout mal, cause de toute misère ; en un mot, l'ennemi du genre humain.

C'est là du moins la façon naïve dont le peuple entend la pure et divine doctrine du Christ, dans laquelle *l'amour* occupe le premier rang[2], et qui promet le ciel, non à *l'esprit* et

[1] C'est pour cela qu'on l'appelle généralement le *mauvais* esprit.

[2] « Aimez-vous les uns les autres, c'est là toute ma loi. »

au *génie*, mais aux hommes *humbles de cœur*, aux hommes de *bonne volonté*.

Ces simples idées, dont le fond se retrouve dans les croyances religieuses de tous les peuples, semblent nous révéler le secret de cette supériorité morale des femmes.

Si l'homme l'emporte par la force, l'esprit, l'aptitude intellectuelle, les femmes prédominent surtout par le cœur; elles agissent moins par réflexion que par sentiment. Si leur faiblesse les rend moins propres aux progrès de *l'instruction*, cette faiblesse même les rend plus accessibles à ceux de *l'éducation*, plus dociles aux enseignements des vérités religieuses. Enfin toute leur énergie, toute leur vie étant *dans leurs affections*, il en résulte qu'elles sont infiniment moins *réalistes* que nous, moins sensibles que nous à cette passion des *jouissances matérielles*, qui est le principal mobile des crimes.

Ces réflexions expliqueraient déjà suffisamment la moralité relative des femmes et l'influence prépondérante qu'elles peuvent et doivent exercer sur le mouvement de la moralisation sociale.

Mais si nous essayons un peu de remonter au principe générateur des infractions, nous allons trouver la consécration formelle de ces vérités dans la bouche même du chef suprême de la justice.

« Au point de vue *moral*, dit M. le garde des sceaux, la société s'est-elle améliorée comme au point de vue *intellectuel* et *matériel ?*

« L'étude attentive des comptes généraux de la justice criminelle ne permet pas de l'admettre. Soit que la *culture* du *cœur* n'ait pas été l'objet de la même sollicitude que celle de *l'esprit*, et que *l'éducation* ait marché en sens inverse de *l'instruction ;* soit que la diffusion des richesses ait, au détriment de la *moralité publique, développé la passion des jouissances matérielles*, il est bien évident que le respect de la loi et des grands principes sur lesquels la société repose a été s'*affaiblissant;* et que le nombre moyen annuel des infractions (de 1826 à 1850) s'est constamment accru d'année en année. »

Or, la statistique prouvant que par le nombre relativement restreint de leurs méfaits les femmes ont *seules*, depuis vingt-cinq ans, fait obstacle à ce mouvement de recrudescence criminelle, il semble incontestable que leur supériorité morale pro-

vient, d'après les judicieuses réflexions de M. le garde des sceaux, de ce qu'elles possèdent, à un plus éminent degré que nous, la *culture du cœur* et de ce qu'elles ont, dans une moindre mesure que nous, la funeste passion *des jouissances matérielles*.

Ce sont là les vraies causes des résultats si remarquables que signalent, en faveur des femmes, les chiffres de la statistique; et plus ces calculs sont rigoureux et froids, plus éclatante et plus glorieuse est la réhabilitation morale qu'elle proclame!

Du reste, en vulgarisant ces calculs et ces résultats, n'eussions-nous fait que rectifier de fausses appréciations, que restituer au sexe le plus faible la place qui lui appartient dans l'œuvre de la moralisation sociale; que justifier la considération particulière et les égards dont il est digne, à raison de sa meilleure et plus perfectible nature; n'eussions-nous fait enfin qu'ajouter une force nouvelle aux sentiments instinctifs d'affection ou de respect qui nous font chérir et vénérer nos mères, nos épouses, nos sœurs, nos angéliques jeunes filles, nous aurions déjà accompli une œuvre utile!

Mais nous entendons tirer de cet état de choses d'autres conséquences qui importent au plus haut point à la marche de la civilisation, au progrès de l'humanité, au perfectionnement de notre droit pénal.

Les unes, essentiellement *juridiques*, sont d'une rigueur impitoyable; les autres, pour être purement *morales*, n'en sont pas moins frappantes de force et d'autorité, car elles ont pour base les mêmes vérités pratiques.

Ces conséquences feront l'objet des deux derniers chapitres qui vont suivre.

V.

CONSÉQUENCES MORALES.

§ 1.

Il est aujourd'hui reconnu que la *statistique* peut seule donner aux sciences morales et politiques la remarquable impulsion que les études *expérimentales* ont heureusement imprimée aux sciences physiques et naturelles; car nul doute que des faits *permanents*, soigneusement observés et recueillis, ne soient la manifestation visible la plus certaine des idées, des sentiments et des principes qui, à une époque donnée, dirigent le monde moral et intellectuel.

« Les statistiques criminelles notamment, dit M. le garde des sceaux, en constatant chaque année *l'état moral* du pays, fournissent au législateur le seul moyen de connaître l'influence et les effets des lois appliquées. Elles préparent le travail scientifique et les *améliorations législatives;* enfin, en dévoilant les causes qui nuisent au développement de la moralisation publique, elles donnent une direction utile à tous les travaux qui ont pour but le progrès de l'ordre moral[1]. »

La sagesse politique consiste donc à bien reconnaître les *faits constatés,* afin d'en combattre ou d'en seconder les causes, selon que ces faits sont nuisibles ou profitables au progrès de la civilisation.

J'ai dit que l'influence des femmes est chose désirable ou funeste, suivant le caractère général et les tendances qu'elles manifestent dans chaque siècle.

Cela posé, s'il est constant que depuis les quarante dernières années les femmes, en France, aient fait preuve d'une nature *meilleure* et *plus perfectible* que celle de l'homme; s'il est vrai qu'elles soient moins portées aux atteintes qui blessent la morale et la société; moins précoces dans le crime, plus accessibles à l'amendement, plus adonnées aux vertus conjugales et domestiques, plus laborieuses, plus probes, plus économes, plus pieuses et plus résignées; est-ce qu'il n'y a pas là un précieux enseignement qu'il faut se hâter de mettre à profit dans l'intérêt du progrès social? Est-ce que cette permanence de supériorité morale de la femme ne nous avertit pas que le moment est venu d'accroître, par tous les moyens possibles, la mesure de considération et d'influence que nous leur accordons? Est-ce qu'il ne devient pas évident pour tous que si l'homme est la *tête* et le *bras,* la femme doit être l'*âme* et le *cœur* de la société moderne?...

Il faut sans doute que l'homme *gouverne,* parce qu'il est plus fort et plus intelligent! Mais il faut que la femme *règne,* puisqu'il est prouvé que moralement elle vaut mieux que nous! « *Melioribus regnare!* »

Quand je dis *règne,* rassurez-vous; je n'entends pas demander l'abrogation de notre antique *loi salique,* bien qu'elle ait grandement affaibli, parmi nous, l'autorité du principe dy-

[1] Stat. crim. de 1846, rapp., p. 2.

nastique[1]; mais précisément parce que nous excluons les femmes du pouvoir héréditaire, comme de tous les droits et fonctions politiques, il y a raison de plus pour leur accorder, partout ailleurs, les égards que commande leur sexe, la protection que réclame leur faiblesse, la justice, j'allais presque dire le *culte*, que revendique leur supériorité morale constatée!

Cette protection, ces égards, cette justice, les trouvons-nous dans nos mœurs et dans nos lois en général?

§ 2.

Tout le monde, j'imagine, conviendra que nous sommes loin de ces temps chevaleresques où le seul titre de *femme* donnait droit au respect et à la protection de chacun; combien plus loin encore, du temps où le plus fier de nos rois refusait, malgré l'inclémence du ciel, de se couvrir devant.... une femme!

Aujourd'hui les femmes semblent avoir perdu le privilége et les droits les plus légitimes de leur sexe[2]. Partout confondues avec l'homme, partout après et au-dessous de l'homme! Comme aux anciens âges romains, on dirait qu'elles ne sont plus appréciées que comme les *choses* (*res*), pour leur valeur purement matérielle; on les recherche parfois pour leur beauté, rarement pour leur naissance, plus rarement pour leur intelligence et leurs vertus, presque toujours pour leur seule *richesse!* C'est dans la balance des intérêts *positifs* (*my concern*) qu'on pèse le mérite de celle qui doit être la mère de la famille, l'ange du foyer, l'orgueil de la vie, la consolation de nos mauvais jours!

L'esprit *utilitaire* s'est substitué à l'antique générosité du

[1] On a remarqué que les États, comme l'Angleterre, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche, l'Italie, etc., où les femmes n'ont pas été écartées du trône, sont encore ceux où les croyances monarchiques sont restées les plus vivaces et populaires. On sait le culte des Anglais pour leur *beloved and gracious sovereign;* et nous avons vu naguère un fait inouï dans l'histoire, *une émeute d'affection*, c'est-à-dire la population de Lisbonne *s'insurgeant* pour arracher son jeune roi, *dom Luiz Ier*, au péril qu'il voulait braver, près du lit de mort de son frère et dans ce funèbre palais qui menaçait d'anéantir toute l'auguste famille de Bragance.

[2] « Les femmes ne sont efficacement protégées ni par les institutions ni par l'opinion. » (Disc. de l'éloquent bâtonnier du barreau de Paris, à l'ouverture de la confér. des avocats du 16 novembre 1861.)

moyen âge! On calcule l'amour et le respect comme on combine une *affaire!*

« *I to you pay the love, the respect!* »

Cette locution de la langue britannique caractérise plus qu'une nation; elle est ici le cachet du siècle!

Mais il se produit, j'ai hâte de le dire, une notable réaction contre ces étroites et indignes tendances.

L'empereur Napoléon III, qui s'est donné pour mission de réhabiliter en France *tous les nobles sentiments, toutes les grandes et salutaires idées*, a compris que la plus urgente réforme sociale consistait à *relever l'influence de la femme;* il s'est efforcé de le faire notamment par les deux actes les plus importants de son règne : *son mariage*, et *la loi de la régence.*

« J'ai choisi, a-t-il dit, pour l'associer à mes destinées, *une femme*, Française par le cœur, par l'éducation, par le souvenir du sang que versa son père pour la cause du premier empire; douée de toutes les qualités de l'âme, afin qu'elle soit l'ornement du trône, comme aux jours du danger elle sera un de ses plus courageux appuis; catholique et pieuse, afin qu'elle puisse adresser au ciel les mêmes prières que moi pour le bonheur de la France; gracieuse et bonne, elle fera revivre les vertus de l'impératrice Joséphine[1]! »

On le voit, ce n'est plus une *princesse*, c'est *une femme* qui est montée sur le trône, et, avec elle, toutes les femme françaises se sont senties grandies devant le respect public : elles ont reconquis leur rang, leur droit d'influer par la grâce, le courage, la prière, sur les destinées de l'homme! Désormais elles se trouvent de droit associées à toutes les saintes et généreuses institutions dont l'impératrice Eugénie devient l'auguste patrone! comme jadis, elles sont redevenues *reines de beauté, d'amour et de vertu!*

Aussi la France, si grande déjà par le chef qu'elle s'est donné, se sent plus grande encore et plus forte depuis qu'un cœur de *femme* anime la pourpre impériale; elle a ressaisi son épée chevaleresque, *prête à protéger les nationalités faibles ou opprimées, à intervenir partout où une cause juste réclame son tutélaire appui*[2]!

[1] Disc. de l'empereur Napoléon III (22 janv. 1853).

[2] *Id.* d'ouverture de la session du Corps législatif, du 4 février 1861.

§ 3.

A ce premier acte, dont on entrevoit les fécondes conséquences, vient s'ajouter la loi qui consacre, *pour la première fois en France*, la régence des femmes !

Depuis Clovis jusqu'à Louis XIV nos annales comptent un certain nombre de femmes régentes[1]. L'une d'elles[2] avait préparé le règne glorieux de Philippe-Auguste, le premier de nos rois qui alla revendiquer, en terre sainte, comme nous l'avons fait naguère en Syrie, les droits de la chrétienté ; celui dont la valeur inaugure l'ère des preux et le grand siècle des croisades. Une autre femme, dont le nom est resté cher à la mémoire des peuples[3], avait dirigé la minorité du juste et pieux roi saint Louis ; une dernière préside aux destinées du pays, à l'aurore de cette magnifique époque de notre histoire, qu'on appelait *le grand siècle*, avant l'avénement d'un siècle plus merveilleux encore, celui de Napoléon Ier.

Ces régences de femmes étaient *un fait* extralégal, une convenance, jamais *un droit*.

Au défaut d'une loi politique, la sagesse et l'affection de nos rois, d'accord avec l'amour de leurs peuples, avaient seules confié la garde de l'enfant héréditaire à la tendre et sagace sollicitude de sa mère. Qui mieux qu'une mère, en effet, pouvait féconder cette jeune âme royale, la fortifier, la mûrir, et l'élever à la hauteur de ses futures destinées ? Qui pouvait, avec plus de vigilance, écarter les périls de ce précieux berceau, conserver avec une plus jalouse ardeur à son noble pupille, l'intégrité de son pouvoir et l'affection du *bonhomme*[4] ? Qui

[1] La reine Batilde (655) ; Alix de Champagne (1190) ; Blanche de Castille (1226) ; Anne de France, fille de Louis XI, qui eut la tutelle de son frère et la régence du royaume (1483) ; Anne de Bretagne, nommée régente pendant l'expédition de Charles VIII en Italie (1492) ; Louise de Savoie, mère de François Ier, qui fut régente en son absence (1515) ; Catherine de Médicis (1560) ; Marie de Médicis (1610) ; Anne d'Autriche (1643).

[2] Alix de Champagne.

[3] Blanche de Castille.

[4] C'était ainsi que nos rois désignaient « *le povre commun peuple des campagnes, qui toujours a été doux et gracieux à son prince et seigneur naturel, lequel il a toujours servi et obéi, sans varier, ni vouloir souffrir domination d'aucun autre prince* » aussi voulons, disait François Ier, « faire vivre le bonhomme sous l'aide et protection de son roy, en sûre et amoureuse paix, manger son pain et vivre du sien en repos, sans être vexé, pillé,

avait plus d'intérêt à initier le jeune monarque aux devoirs du gouvernement, aux mystères de la politique, au saint apostolat de la justice, *par laquelle les rois règnent ?...*

Napoléon III a eu l'heureuse idée d'ériger *en loi politique* cette *tradition nationale*, si touchante dans son principe, si féconde dans ses résultats, si hautement justifiée par les plus graves considérations de la raison d'État !

L'impératrice Eugénie a été nommée régente[1] !

Maintenant, viennent les jours d'épreuves et de dangers ; que l'empereur aille, à la tête de sa valeureuse armée, affronter la mort pour affranchir un peuple opprimé, la France restera calme, malgré l'absence de son chef, continuant avec sécurité l'œuvre de ses améliorations intérieures. Qu'a-t-elle à craindre ? l'ange protecteur de la patrie est là, sous le drapeau des Tuileries ; une femme et un enfant font sa force, comme son amour et son orgueil ! L'âme de toutes les femmes françaises vient s'unir à l'âme courageuse de l'impératrice, et, comme elles n'ont avec elle qu'une pensée, qu'une prière, qu'un même espoir, toutes sont fières de recevoir, en la personne de leur *bien-aimée souveraine*, l'hommage du premier drapeau pris sur l'ennemi !

A ce point de vue, la loi de la régence est plus qu'une loi politique ; c'est une grande mesure de civilisation ; car, en conférant à une femme la grave tutelle des intérêts du pays, elle consacre et relève, par cela même, le rôle réservé aux femmes dans le foyer domestique, dans le *petit empire* de la famille !

A ces deux faits capitaux, combien ne pourrions-nous pas ajouter d'actes secondaires, qui tous, inspirés par la magnanimité du chef de l'État, ont pour conséquence nécessaire de restituer aux femmes l'ascendant et la dignité qui leur appartiennent ? N'a-t-on pas vu, par exemple, l'empereur attacher sur le cœur de valeureuses[2] ou saintes[3] femmes, ces glorieuses

tourmenté ni molesté sans propos, ce qui est le plus grand thrésor qu'un roy puisse conquérir à son peuple. » (Manifeste de François Ier, du 15 septembre 1523.)

[1] Lettres patentes du 12 mai 1859.

[2] Mme Tremoreaux, cantinière du 2e de zouaves, décorée de la médaille militaire, pour sa courageuse conduite pendant la bataille de Magenta. — Mme Regis (de la Nièvre), décorée de la Légion d'honneur, en 1849, pour sa remarquable intrépidité en présence des émeutiers de Clamecy (Nièvre).

[3] La sœur Marthe Biset, de la communauté des sœurs de charité de

insignes, jusque-là réservées aux hommes ayant bien mérité du pays? Ne l'a-t-on pas vu, honorant dans leurs veuves et dans leurs filles les héros morts pour la patrie, multiplier plus que jamais, pour elles, les dignités honorifiques, les récompenses nationales, dotations, pensions et toutes les légitimes faveurs qui pouvaient soulager et ennoblir leur infortune?...

L'impulsion est donnée d'en haut; les jours de la réhabilitation commencent; sans sortir de la modeste réserve de son sexe, la femme de l'ère impériale sent qu'elle peut relever la tête; le temps n'est pas loin où les mœurs et l'opinion lui rendront le juste tribut d'égards auquel elle a droit!

§ 4.

Au surplus, indépendamment des hautes considérations de moralité sociale que nous venons à peine d'effleurer, croyez que le *respect des femmes* influe beaucoup plus qu'on ne pense sur le caractère d'un peuple, et par suite, sur la diminution du nombre des méfaits!

En voici, entre autres, une preuve nouvelle des plus remarquables et que personne, je crois, n'a encore fait ressortir.

On sait que nos départemens de la région *du midi*, patrie des troubadours et des trouvères, ont beaucoup plus que ceux *du nord*, conservé les réminiscences poétiques de l'ancienne *chevalerie*. C'est là, plus que partout ailleurs, que les femmes ont recueilli, dans les institutions légales, dans le langage même, quelques restes de ce culte de protection et de respect que nos pères leur avaient voué.

Or voulez-vous voir, d'après les statistiques criminelles, la conséquence directe de ces bienheureuses traditions; la voici :

« Dans les départements du midi, on remarque, dit M. le garde des sceaux, que les femmes commettent *moins* de crimes que dans ceux du nord. »

« Dans les départements du midi, ajoute le même ministre, on compte *beaucoup moins* d'attentats contre les femmes que dans les départements du nord. »

De tels résultats n'offrent-ils pas aux yeux du penseur une

Besançon, décorée de la Légion d'honneur; de même les sœurs Esther, Saint-Benoît et Berthulphe, ont-elles été honorées de médailles d'or et d'argent pour leur courageux dévouement lors de la fièvre jaune de Saint-Nazaire, en août 1861. (*Mon.* du 1er janv. 1862.)

précieuse révélation? Ne voyez-vous pas clairement que fortifier le respect dû aux femmes, c'est non-seulement relever le niveau des mœurs du pays, mais relever la femme elle-même? C'est éloigner d'elle les mauvais sentiments qui conduisent au crime! C'est, en même temps, préserver sa personne des atteintes des malfaiteurs. On obtient ainsi une amélioration *en partie double*, puisque, par une même cause, on diminue deux sources d'infractions aux lois.

Mais ce n'est pas assez que cette considération due aux femmes se reflète dans les mœurs populaires; pour la fortifier et la propager, il faut qu'elle soit inscrite *dans la loi*, qui doit être la souveraine directrice des idées et de l'opinion d'une époque.

Tel est le second point qui me reste à examiner.

Toutefois, on me pardonnera de ne pas envisager la situation de la femme au regard de *la loi en général*. Il y aurait à ce sujet tout un livre à faire; car sous le prétexte d'une égalité de droits à laquelle la nature même s'oppose, il serait facile de prouver que trop souvent les lois n'accordent à la femme qu'une protection illusoire ou une justice incomplète.

Mais j'ai hâte d'arriver au but spécial que je poursuis : *La réforme du droit pénal en ce qui touche les femmes.*

VI.

CONSÉQUENCES JURIDIQUES.

§ 1.

Ce qui, en France, légitime et consacre le pouvoir chargé de la suprême direction de la société, c'est le suffrage universel; or les femmes sont absolument exclues de ce droit.

Ce qui légitime et consacre le droit de punir, c'est la participation directe ou indirecte de tous les citoyens au libre choix du pouvoir législatif; or les femmes restent à toujours exclues de tout droit d'élection ou de juridiction.

Enfin, ce qui légitime et consacre l'œuvre de la justice, ce sont les garanties inhérentes à l'institution des juges et des jurés; or, les femmes ne peuvent ni faire partie du jury, ni siéger dans les Cours et tribunaux.

Lors donc qu'on les accuse d'une infraction, elles sont jugées par *une juridiction*, dont nul individu de leur sexe n'a le droit

de faire partie, en vertu d'*une loi* qu'elles n'ont point faite; et ce, au nom d'*un gouvernement* qu'elles seules n'ont point été appelées à élire.

Je sais que mille motifs de convenance et d'intérêt social ont dû interdire aux femmes tout rôle dans les choses politiques; mais au moins doit-on reconnaître que cette interdiction est un fait d'une importance considérable au point de vue qui nous occupe; car si la femme est réduite, à raison de son sexe, à cet état nécessaire de *minorité* et d'*incapacité*, d'où vient qu'en ce qui touche la peine, la loi criminelle place cet être si délicat et si faible, ce mineur, absolument sur *la même ligne* que l'homme, son seigneur et son maître? Est-ce que sa débilité relative de corps, de tempérament et d'intelligence ne devrait pas être pour elle, au regard des sévérités de la loi pénale, une cause générale d'atténuation? Est-ce qu'il est juste de lui appliquer, dans ces conditions inégales et si différentes, les mêmes rigueurs pénales qu'à l'homme?

Cette grave question fut incidemment agitée, en 1832, lors de la révision de notre Code criminel. M. Vatout avait demandé que les *femmes* fussent, comme les *enfants* et les *vieillards*, dispensées de l'exposition [1]. Un député combattit cet amendement par le motif : « *que les femmes sont capables de crimes comme les hommes.* »

Cette réponse, qui n'était ni neuve, ni spirituelle, ni sérieuse, ne pouvait satisfaire une chambre française; aussi l'amendement obtenait-il faveur, lorsque plusieurs voix s'écrièrent : *les juges pourront au besoin les dispenser de l'exposition* [2] !

Grâce à cet expédient, l'amendement fut rejeté, bien qu'à une très-faible majorité.

On voit donc que, dès cette époque, on comprenait en France, non-seulement qu'il est certaines peines auxquelles on ne saurait, sans inconvenance ou inhumanité, soumettre les femmes [3], mais qu'il y avait, dans les considérations que j'ai

[1] Code progressif de Chauveau, p. 185, art. 22 du Code pénal revisé.

[2] *Ibid.*, p. 187. « La Cour pourra ordonner que le condamné, s'il n'est pas en état de récidive, ne subira pas l'exposition. » (Art. 22 du Code pénal revisé.) — Cette peine a été depuis abolie par décret du gouvernement provisoire, du 12 avril 1848.

[3] Ainsi en France la peine des travaux forcés est remplacée par celle de la reclusion; ainsi en Angleterre la peine du *fouet* a été abolie pour les femmes (acte 1 de *George IV*, c. 37); ce même acte a aboli pour elles la

rappelées, une raison légitime de ne pas leur appliquer *la même et pareille répression qu'aux hommes.*

Toutefois, il y avait, à l'appui de cette thèse, un argument bien autrement grave, que nul de nos législateurs ne pouvait à cette époque encore soupçonner.

Cet argument est tout entier dans les révélations que nous a faites la statistique criminelle.

§ 2.

En principe incontestable, avons-nous dit, la peine édictée par la loi doit être d'autant moins sévère que :

1° Les méfaits à punir sont, de leur nature, *moins graves ;*

2° Que ces méfaits sont *moins fréquents ;*

3° Que les délinquants sont *plus facilement* amendables.

Or la statistique nous a prouvé que les femmes commettent, en général, 6 *fois moins de crimes* que l'homme et spécialement *beaucoup moins de crimes graves ;*

Qu'elles commettent 5 *fois moins* de délits ;

Qu'enfin, après avoir subi leur peine, elles récidivent 2 *fois moins* que les hommes.

Ce sont là des résultats certains et permanents, officiellement constatés depuis 1826, et qui se reproduisent invariablement chaque année.

Est-ce qu'il n'en ressort pas clairement cette conséquence qu'appliquer aux femmes *la même* répression pénale qu'aux hommes, c'est faire en pure perte une dépense excessive d'intimidation et de rigueur?

Est-ce qu'il ne vous paraît pas certain, eu égard aux faits ci-dessus constatés qu'il suffirait, pour produire *un égal résultat répressif,* d'une peine infiniment moindre?

Ou bien il faut supprimer les statistiques, comme un document puéril et sans valeur, ou bien il semble impossible qu'en face des résultats qu'elles signalent, on ne comprenne pas à quel point il est rigoureusement juste d'*atténuer* désormais *la nature* ou *le taux* des pénalités applicables aux femmes!

Refuser de le faire, ce serait agir comme le médecin qui, en présence d'un mal dont l'intensité aurait diminué de 50 p. 100,

peine du *bûcher* dans les crimes contre la sûreté de l'État. La loi de Sardaigne, qui a conservé la peine du *carcan,* ne l'applique pas aux femmes (art. 40).

continuerait obstinément de prescrire les mêmes doses médicinales!

La peine, *ce remède du crime*, doit être toujours exactement proportionnée et à la gravité de l'affection et à la curabilité du coupable; tout ce qui excède cette juste mesure est inutile et par conséquent arbitraire, funeste, illégitime!

Je voudrais donc que la loi pénale, tenant compte des lumières nouvelles fournies par la statistique, établît cette règle générale, à savoir :

« Que toujours, en matières de crimes et délits, la considération *du sexe* (féminin) fût comme celle *de l'âge*[1] une circonstance essentiellement *atténuante* de la peine! »

Au surplus, l'innovation législative que je réclame est, à part les raisons que j'en ai données, d'une si saisissante justice, qu'elle a instinctivement frappé le jury, ce naturel représentant du bon sens public.

En voulez-vous la preuve? C'est encore la statistique qui nous la donne.

« *La sévérité du jury*, dit-elle, *est toujours plus grande à l'égard des hommes qu'à l'égard des femmes*[2]. »

Vous voyez donc que, par une sorte d'intuition généreuse, la justice du jury vient comme d'elle-même se mettre d'accord avec les indications de la statistique criminelle!

Me dira-t-on que si, grâce à la mansuétude éclairée du jury, les femmes jouissent déjà d'une atténuation, *motivée par leur sexe même*, il est inutile de changer la loi, cette réforme étant ainsi indirectement opérée?

Je réponds que si la mesure est reconnue juste, il serait imprudent de l'abandonner aux incertitudes et aux variables éventualités de la pratique; que le devoir du législateur est de décréter et sanctionner ce que la conscience publique, ce que l'expérience judiciaire, ce que les propres observations officielles du gouvernement lui signalent comme vrai et juste!

C'est ainsi qu'en 1832, s'inspirant, alors aussi de l'indulgence constante du jury, il n'a pas hésité à décréter un abaissement

[1] « E nell'Egitto rimandar procura
« Le donne sconsolate e 'l vecchio lasso:
« Fallo per Dio, signor, chè *di pietate*
« *Ben è degno quel sesso e quella etate!* »

[2] Stat. crim. de 1850.

légal de peine en faveur des *mineurs de moins de* 16 *ans*; c'est ainsi qu'en 1854, obéissant aux mêmes tendances miséricordieuses, il a consacré une atténuation de peine en faveur des *coupables âgés de plus de* 60 *ans*[1] !

Comment après ce pieux hommage rendu à la faiblesse de *l'enfant* et à celle *du vieillard*, refuserait-il les égards dus à la faiblesse *de la femme*; alors que ces égards se justifient par la même débilité physique et intellectuelle[2] et qu'ils sont de plus commandés par une irrécusable constatation de sa supériorité morale?...

Si donc on reconnaît la profonde justice de cette atténuation répressive en faveur des femmes, il devient indispensable, pour qu'elles en puissent profiter, que la loi elle-même pose ce principe :

« Qu'en matière criminelle la femme, au cas même où le jury n'aurait pas reconnu en sa faveur de circonstances atténuantes, ne sera passible que de la peine abaissée d'un degré, et qu'en matière correctionnelle la considération du sexe devra être réputée circonstance atténuante légale. »

[1] Par le décret du 30 mai 1854, la peine de la reclusion, soit à perpétuité, soit à temps, remplace, pour les condamnés âgés de 60 ans accomplis, la peine des *travaux forcés*.

[2] La femme est généralement plus faible que l'homme de corps et d'esprit. — De corps, cela n'est contesté par personne; d'esprit, c'est là une vérité de tout temps admise. Du moins est-il certain que l'intelligence de la femme est moins propre aux études sérieuses et aux conceptions profondes. Une découverte récente semble même prouver que cette infériorité intellectuelle tient à *l'organisation physique* de la femme. En effet, il est aujourd'hui démontré dans la science médicale que le cerveau des hommes de génie est, relativement au volume du corps, plus développé que celui des autres hommes. Par suite de la même loi de naturelle structure, on a constaté que le cerveau de *la femme* adulte a généralement 125 à 150 grammes de moins que celui de l'homme à l'âge correspondant.

On me pardonnera ces détails physiologiques. Outre qu'ils sont un argument puissant, ils prouvent qu'il ne faut jamais confondre *l'âme* et *l'esprit*. Or, c'est par l'âme et par le cœur que la femme nous est supérieure. Là est le principe de sa prééminence morale !

§ 3.

Précédents législatifs anciens [1].

Cette supériorité morale de la femme, que nous signalent aujourd'hui les tardifs enseignements de la statistique, nos législateurs du moyen âge l'avaient d'eux-mêmes pressentie. — Guidés par les seules lumières du bon sens, ils avaient arrêté « *que la peine réservée aux femmes serait précisément moitié moindre que celle afférente aux hommes.* »

Ainsi, à l'époque où la plupart des méfaits n'étaient punis que d'*amendes pécuniaires*, la femme était protégée par cette généreuse maxime qu'avait proclamée le pieux roi saint Louis :

« *En tous crimes, la femme ne paie que demi-amende* [2]. »

Même principe dans les assises de Jérusalem :

« *La femme ne prend que demy loi* (demi-peine) *par droit et par l'assise* [3]. »

Enfin Loysel nous a conservé cette règle, comme axiome général du droit coutumier :

« *De toutes amendes estant en loy, les femmes n'en doivent que la moitié* [4]. »

On retrouve, dans un grand nombre de lois pénales de notre ancienne monarchie, des traces de cette courtoisie bienveillante à l'égard du sexe le plus faible.

Ainsi, en 1560, sur les vives remontrances des états d'Orléans, Charles IX veut mettre un terme à la divagation des nombreux larrons, vagabonds, truands et gens sans aveu qui désolaient alors le pays. Il leur ordonne de *vuider* incontinent

[1] J'aurais pu citer à l'appui de mes propositions les vieux précédents du droit romain, bien qu'à cette époque la situation de la femme fût loin d'être ce que l'ont faite les libérales maximes du christianisme. « Il y avait, dit Muhlenbruch, en ce qui touche les pénalités applicables aux deux sexes, *une différence considérable* dans le droit romain avant Justinien. (Instit. du droit romain.)

V. au surplus Gaius, I, §§ 109, 144 et suiv.; L. 1, 195, 196, § 1, Dig., *De verborum significatione* (50, 16); L. 9, Dig., *De statu homin.* (I, 5), § 6, Inst., *De test. ord.* (2, 10); L. 6, Dig., *De popul. act.* (47, 3), etc.

[2] *Establissements de saint Loys*, chap. 94. Sauf quelques délits spéciaux, les femmes ont toujours été *moins punies* que les hommes chez toutes les nations civilisées. (Tissot, *le Droit pénal de tous les peuples*, t. I, p. 97.)

[3] *Assises de Jérusalem*, cap. 257.

[4] Art. 460 de la *Coutume d'Orléans*. — V. Loysel, Instit., n° 853; Lalande, *Gloss. du droit français*, v° *Amende*.

le royaume sous peine des galères. S'ils y reviennent, dit l'ordonnance, ils seront, sur l'heure et sans autre forme de procès, *envoyés aux galères* pour trois ans. *Quant aux femmes*, ajoute le roi, *elles seront rasées, étant assez punies d'avoir perdu leurs cheveux* (art. 10)!...

Étant assez punies!... je trouve cette expression à la fois charmante et profonde; car ce qui n'était alors qu'une pensée de miséricordieuse bienveillance, est en réalité une pensée de raison et de justice.

Mais ce privilége d'indulgence et de généreux égards ne dominait pas seulement tout le système de pénalité, il s'étendait même aux mesures préventives que nécessite la procédure. Là encore nous allons voir une notable différence dans les procédés de la pratique judiciaire.

« *C'est une chose honnête et bonne*, disait, avec l'autorité de son caractère et de ses fonctions, le savant Beaumanoir, *de ne jamais souffrir qu'une* FEMME *soit mise en prison, si ce n'est pour cas de* CRIME[1]. »

Ainsi, les *hommes* pouvaient être préventivement détenus *pour simple délit*, les femmes *jamais*[2]! ou du moins si cet abus existait, ce n'était pas sans exciter la sévère réprobation des chefs de la magistrature.

Je me borne à ces citations, que je pourrais multiplier, pour constater qu'à toutes les époques de notre histoire on a vu se dégager, au milieu même des erreurs et des barbaries de notre vieux droit criminel, cette pensée de mansuétude répressive en faveur des femmes, dont la statistique moderne tend à faire désormais un axiome de morale psychologique et juridique.

[1] Chap. 1, n° 37, *Coutume du Beauvoisis*. — « La femme, disais-je en 1855, n'est pas seulement un être physiquement et intellectuellement plus faible que l'homme, elle est l'âme du foyer domestique; c'est elle qui allaite, soigne, élève, dirige les jeunes enfants; elle qui veille au chevet de ses vieux parents. Sa détention est un deuil, un irréparable malheur pour la famille entière, qu'elle entoure de son affectueux dévouement. A l'exemple de la loi civile qui la couvre de sa bienveillante tutelle, la loi criminelle lui doit aussi une protection spéciale. *Coupable elle devrait toujours être punie moins que l'homme*. J'aurai occasion, ajoutais-je, de développer cette idée de physiologie criminelle dans un travail ultérieur sur *l'amélioration de la loi pénale*. Simple inculpée, elle doit à raison de sa faiblesse être traitée avec plus d'égards et de ménagements, avec un redoublement de généreuse sollicitude. » (*De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 456.)

[2] *Ibid.*, p. 435 et suiv.

§ 4.

Précédents législatifs nouveaux.

Le Portugal est, de tous les États du monde moderne, celui auquel reviendra l'honneur d'avoir le premier inscrit cet axiome dans ses lois.

Le nouveau *projet de Code pénal*, élaboré sous l'auguste impulsion du roi Don Pedro V, de si glorieuse et infortunée mémoire, offre à cet égard deux dispositions capitales qui, nous en avons la conviction, ne tarderont pas à être admises par toutes les nations civilisées.

La première est ainsi conçue :

« Sont considérées comme circonstances atténuantes, résultant de l'état moral du coupable :

« 1° La minorité jusqu'à 21 ans accomplis;

« 2° *La considération du sexe* (féminin);

« 3° La vieillesse excédant 70 ans[1]. »

La seconde est formulée comme il suit :

« *La peine de mort ne sera pas imposée* aux mineurs de moins de 21 ans accomplis. On lui substituera une des peines perpétuelles de la prison ou de la déportation suivant les circonstances[2]. »

On voit que ces dispositions sont la consécration logique et complète des faits que nous avons précédemment constatés et des conséquences rigoureuses que nous en avons déduites.

En les édictant, le projet fait non-seulement un acte de magnanimité sociale, il accomplit un acte de véritable justice distributive. Ajoutons que ces généreuses dispositions sont l'hommage le plus pur que le jeune et chevaleresque souverain

[1] Art. 62 du projet rédigé par le savant rapporteur, le Dr Levy Maria Jordão.

[2] Art. 103 *ibid.* La disposition que j'avais proposée était ainsi conçue : « La peine de mort ne sera pas imposée *aux femmes* ni aux mineurs de moins « de 21 ans, *excepté dans les cas de régicide, parricide, fratricide et conju-* « *gicide.* » La commission de rédaction du Code, non-seulement avait admis ce principe, mais, l'exagérant outre mesure, elle l'avait adopté dans tous les cas sans vouloir le limiter par aucune exception. — Le ministre de la justice a accepté, dans les termes les plus absolus, l'immunité proposée *pour les mineurs.* Mais en ce qui touche *les femmes*, il a voulu que la question fût réservée. — En conséquence, ces mots *aux femmes* ont dû être supprimés dans le projet définitif, sauf à les rétablir, s'il y avait lieu, par suite de la discussion du projet devant les chambres législatives.

actuel du Portugal pourrait rendre à la mémoire si vénérée de la reine *Dona Maria I*[1].

Nous n'hésitons pas à prédire que cette innovation, même restreinte aux proportions d'une simple *circonstance atténuante*, aura les plus féconds résultats au point de vue des mœurs nationales et du progrès de la civilisation.

Du reste, ce nouveau Code proclame en faveur des femmes une autre disposition non moins rationnelle et protectrice, dont nous aurons occasion de parler dans le paragraphe qui va suivre.

§ 5.

Des crimes et délits envers les femmes.

S'il est juste de moins punir la femme par cela seul qu'elle est un être à la fois plus faible, plus impressionnable, meilleur que l'homme; par la même raison, il semble nécessaire de réprimer plus sévèrement tous les méfaits commis par l'homme *à l'égard des femmes.*

Ai-je besoin de démontrer que *l'homme* qui injurie *une femme*, qui la maltraite, qui la blesse, qui l'assassine, est infiniment plus coupable que s'il eût commis ces mêmes attentats contre l'homme, qui a la force de se défendre?

Or nos lois ne font à ce sujet *aucune distinction quelconque.* Ces deux natures de méfaits, quoique d'une gravité si différente, sont absolument punies *de la même peine.*

Sans doute le jury et les magistrats ont, dans la latitude pénale ou dans le refus des circonstances atténuantes, la possibilité d'accroître le châtiment, eu égard au sexe de la victime, mais c'est à la loi, *qui a mission de diriger les mœurs,* de faire elle-même cette différence.

L'attaque contre une femme n'est pas seulement une violation de la loi commune, elle implique de plus une lâcheté. Or, chez un peuple brave comme le nôtre, la loi doit flétrir cette lâcheté en la qualifiant circonstance *aggravante* du crime. Cette seule

[1] Chacun sait en effet les salutaires et progressives réformes que cette grande princesse méditait d'introduire dans la législation criminelle et pénitentiaire de ses États. Avant que nos statistiques n'eussent projeté leurs éblouissantes lumières sur la pénalité applicable aux femmes, elle, ne consultant que sa raison, avait déclaré qu'elle ne souffrirait pas que, sous son règne, une femme fût soumise à la peine capitale. Depuis son avénement au trône (1777) jusqu'à présent aucune femme n'a été exécutée en Portugal!...

mesure, que justifient les plus élémentaires notions de la raison et de la justice, suffirait, sinon pour sauvegarder, du moins pour affermir, dans la pensée de tous, le légitime respect qui est dû aux femmes.

C'était ainsi que l'avait entendu le bon sens de nos pères.

Le lâche qui s'attaquait à une femme méritait une peine *double*.

« *Les injures faites aux femmes*, dit Loysel, *se punissent au double* [1]. »

Tel était le privilége de leur sexe, ou plutôt de leur faiblesse.

« *Crescunt enim injuriæ ex qualitate personarum quibus inferuntur*. »

Cette règle avait été primitivement édictée par un de nos rois les plus éclairés, par Dagobert, dans les célèbres Capitulaires qu'il fit pour les Allemands et les Bavarois.

« Celui, dit-il, qui vendra comme esclave un homme libre, payera 12 sous d'or ; s'il a commis ce crime *envers une femme* (*de femina autem si ita contigerit*) *dupliciter componat* [2]. »

Nous retrouvons cette même règle aggravée encore dans la loi salique.

Celui qui attaque un homme paye 15 sous (*quindecim solidas culpabilis judicetur*) ; le même délit *envers la femme* était puni de 45 sous d'amende (*quinque et quadraginta solidos culpabilis judicetur*) [3]. »

Il était juste, en effet, que cette loi, qui excluait implicitement les femmes du trône à raison de leur faiblesse, pourvût plus énergiquement au devoir de leur protection. Il y a plus : cette protection s'accroissait à mesure que la sécurité de la femme devenait plus sainte et plus inviolable, ou suivant que le crime impliquait un redoublement de lâcheté ou de barbarie.

Ainsi, tandis que le meurtre d'un homme libre n'était puni que d'une amende de 300 sous d'or, celui *de la femme* était puni d'une amende de 600 ; et si cette femme *était enceinte*, ajoutait la loi, le coupable sera condamné à 700 sous d'or [1]....

On s'étonne, en vérité, qu'un principe si profondément ra-

[1] Institutes coutumières, art. 854.

[2] 2e capitul. (*lex alamanorum*, cap. 48), et 3e capitul. (*lex Bajuvarum*, tit. 3, cap. 13; tit. 9, cap. 1). — V. Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 169 et suiv.

[3] Loi salique, tit. 33, art. 1.

tionnel ne soit pas inscrit dans les lois de tous les États civilisés.

Et pourtant, on a honte de le dire, ces notions de justice, si vulgaires et si simples pour le bon sens de nos aïeux, se trouvent être aujourd'hui *un progrès* et presque *une hardiesse !*

Tant il est vrai qu'on ne les rencontre à cette heure inscrites que dans *un seul* document de la législation moderne : le Code pénal portugais de 1852.

Son article 19 est ainsi conçu :

Sont réputés circonstances *aggravantes :*

. . . . . .

. . . . . .

N° 14. « *L'avantage manifeste du coupable sur la victime* à raison de son sexe. »

M. le docteur Lévy Jordão, n'a eu garde d'omettre cette disposition dans le nouveau projet de Code pénal dont il est l'éminent rapporteur ; il explique ainsi qu'il suit les motifs et la portée de cet article :

« Celui qui frappe une femme est d'autant plus criminel qu'il sait, en commettant son crime, rencontrer moins de résistance dans la victime[2]. » Ce qui veut dire qu'il doit être d'autant plus puni qu'à un méfait de violence il joint un acte de lâcheté !

C'est à raison de ce respect dû aux femmes, spécialement à cause de leur sexe, que le même projet, édictant des peines contre l'*outrage public* à la pudeur, ajoute la disposition suivante, dont je ne puis trop signaler la nouveauté et la haute convenance :

« Il y a circonstance *aggravante*, si l'outrage public a été commis *en présence d'une femme* (*em presença de mulheres*) ou d'un mineur de 14 ans[3]. »

Du reste, je suis fier de trouver dans notre ancienne législation française un exemple analogue de protection accordée à la seule considération du sexe :

Nous lisons dans une charte, concédée par Philippe-Auguste à la ville de Sens (Yonne) en 1189 et confirmée par Louis XIII en 1225, la curieuse disposition ci-après :

[1] Loi salique, tit. 26, art. 4.

[2] Lévy Maria Jordão, *Comentaria ao Codigo penal portuguez*, sur l'art. 19 (tome 1er, page 51).

[3] Projet du nouveau Code pénal de Portugal (art. 407, § 2).

« Si quelque personne vile ou déshonnête injurie *femme honnête, il sera loisible à un prudhomme qui surviendra, de tancer la dite personne et de lui bailler un, deux, ou trois soufflets et un coup de poing, sans encourir aucun forfait*[1]. »

N'est-il pas étrange qu'il faille remonter de sept siècles en arrière pour trouver dans nos lois la pensée généreuse d'une protection qui, dans tous les États civilisés, devrait être le privilége naturel et incontesté de la moitié la plus faible du genre humain !

Conclusion.

Ce long travail peut se résumer en quelques mots :

La femme remplit dans la société humaine une mission civilisatrice, inhérente à sa constitution même, et qu'attesterait au besoin son évidente supériorité morale.

Elle est l'âme et le cœur de la famille ; à elle, le touchant devoir de féconder et d'épurer le foyer domestique par tous les genres de sollicitude, de sacrifices et de dévouements!

A l'homme, les travaux et les dangers de la vie extérieure ; à lui, tous les droits politiques, administratifs et judiciaires ; à lui, qui a la force physique et intellectuelle, à lui surtout, qui a *l'autorité*, incombe l'étroite obligation d'assurer à la femme la protection, les égards, les ménagements qu'exige sa faiblesse.

Ces seules considérations suffiraient déjà pour que la loi pénale fît une différence essentielle dans la répression applicable à l'homme et à la femme.

Mais il est désormais prouvé par des documents officiels irrécusables que la femme de ce siècle, fidèle à la destination supérieure que j'ai indiquée, se montre, au point de la sécurité sociale, infiniment meilleure que l'homme, en ce sens qu'elle commet 5 et 6 fois moins de crimes et de délits que lui, et qu'elle est 2 fois plus impressionnable à la peine, 2 fois plus accessible au repentir et à l'amendement ; d'où, cette conséquence, que le danger et le dommage que ses méfaits peuvent causer à la société sont *moitié moindres* que ceux résultant des méfaits commis par les hommes!...

[1] V. la coutume de Sens.

Nous sommes donc au-dessous des exigences normales de la vérité, lorsque nous nous bornons à réclamer, en faveur des femmes, *une simple atténuation* des peines communes, réservées aux infractions; peines que la législation actuelle applique *indistinctement* aux deux sexes.

Depuis que la statistique a fait si clairement ressortir la supériorité morale relative des femmes, il ne nous paraît plus possible, sans une évidente injustice, de maintenir cette *parité indistincte* de répression

En effet, si les lois pénales, attentives au progrès des mœurs, doivent *aigrir* [1] ou adoucir leurs rigueurs, suivant que la criminalité de l'époque augmente ou diminue, il en résulte que la différence considérable et permanente de perversité constatée entre les deux sexes implique au profit de la femme une raison inévitable d'*adoucissement des peines*.

Le Code criminel français devra donc s'empresser d'emprunter au nouveau Code portugais les généreuses dispositions que nous avons relatées et que ce Code a lui-même puisées dans les remarquables documents, statistiques recueillis par M. le garde des sceaux de France.

S'il est vrai, suivant la belle expression de M. le ministre, « que la statistique, en constatant chaque année, l'état moral du pays, prépare les améliorations législatives, » le moment est venu d'utiliser ces précieuses données afin d'imprimer à nos lois pénales ce caractère absolu de logique et d'équité sans lequel la répression ne peut avoir d'influence sérieuse sur les mœurs publiques.

Du reste l'amélioration de la loi, sur le point qui nous occupe, est plus qu'nne mesure juridique ; c'est une œuvre philosophique, éminemment propre à relever le niveau de la moralité sociale.

« *Quand on veut tenter une réforme dans les mœurs publiques*, disait Rousseau, *c'est par les* MŒURS DOMESTIQUES *qu'il faut commencer* [2]. »

Cela étant, comment douter que les légitimes immunités que nous revendiquons ici pour les femmes ne soient une des plus urgentes et salutaires réformes à tenter, en vue de la régéné-

[1] Domat, *Lois criminelles*.
[2] Préface de *la Nouvelle Héloïse*.

ration de l'humanité? Oui, je n'hésite pas à l'affirmer, faire aux femmes une situation grande et honorée, c'est accroître le rayonnement et la propagande du bien; car alors leur vertu s'épanouissant ou se fortifiant sous le respect public, projetera partout, dans l'intimité du foyer domestique comme au dehors, les plus fécondes et les plus bienfaisantes lueurs[1]!

« Il est rare, a dit un éloquent publiciste, que la vue d'un *être meilleur et plus parfait que nous* ne nous rappelle à des honorables et saintes aspirations. La véritable vertu produit toujours sur nos dispositions morales le même effet que la vue d'une belle et noble statue sur notre attitude extérieure. Par une force d'imitation instinctive, *notre âme se relève et prend à son insu une pose plus digne!* »

Tel est le phénomène que vous verrez apparaître! En grandissant la femme, l'homme se grandit lui-même dans le présent et dans l'avenir!

« *Mulier familiæ caput et finis!* »

Ce résultat, ne fût-il point une certitude, est au moins une *espérance* qu'autorise la logique des faits, et que tous les esprits devraient s'empresser d'accueillir!

Dans tous les cas, je serai heureux si, par cette étude touchant la moralité comparée des deux sexes, étude en quelque sorte applicable *à tous les pays*, j'ai pu appeler enfin l'attention des criminalistes sur un des plus importants sujets du droit pénal, et, par suite, contribuer à une amélioration législative, qui intéresse au plus haut degré le progrès de la civilisation moderne!

BONNEVILLE DE MARSANGY.

[1] « Lucete super terram et dies sole candens eructet diei verbum sapientiæ. » (Saint Augustin, *Confess.*, lib. XIII.)

BIBLIOGRAPHIE.

L'ANCIEN BARREAU DU PARLEMENT DE PROVENCE,

Ou Extraits d'une correspondance inédite entre François Decormis et Pierre Saurin,

Par Charles de Ribbe [1].

Compte rendu par M. L. Cabantous, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

Depuis quelques années l'attention des jurisconsultes se porte avec ardeur vers le passé. On explore les monuments de l'ancienne législation, on discute les origines et l'on retrace les diverses phases de la jurisprudence; on écrit l'histoire de la magistrature et du barreau. C'est à ce mouvement d'idées, c'est à cette tendance d'esprit que se rattache l'ouvrage que nous annonçons.

M. Charles de Ribbe, déjà connu par de curieuses recherches sur l'ancienne organisation politique et administrative de la Provence, sur les règlements et les usages suivis dans la même contrée en matière d'eaux et forêts, vient d'acquérir un nouveau titre à la reconnaissance de son pays natal, aux encouragements et à l'estime de tous ceux qui étudient les antiquités judiciaires de la France. — En publiant un choix d'extraits d'une correspondance inédite entre François Decormis et Pierre Saurin, il a eu pour but de rendre en quelque sorte vivantes et actuelles, par les libres réflexions que se communiquent ces deux avocats, les pensées les plus intimes, les traditions, les opinions, les habitudes professionnelles, et jusqu'à la manière de vivre des membres du barreau provençal au commencement du XVIIIe siècle.

L'époque de la correspondance dont il s'agit était celle de la peste de 1720, qui fit tant de ravages en Provence, et qui a laissé d'ineffaçables souvenirs dans l'esprit de ses habitants.

[1] Aix, Achille Makaire, libraire; Paris, Durand, libraire, rue des Grès, 7. — In-8° de 192 pages.

Pendant que le fléau sévissait à Aix, Decormis, qui était resté courageusement dans cette ville, et son confrère Saurin, qui avait cherché un abri contre l'épidémie en se retirant à la campagne, occupaient les loisirs forcés que leur imposaient les malheurs publics en échangeant entre eux le trésor de leur érudition et de leur expérience. M. de Ribbe a fait un choix très-judicieux dans cette correspondance fort étendue, et qui se prolongea durant plus d'un an. Il en a extrait, pour les publier, les lettres auxquelles s'attache un intérêt permanent, à raison des détails historiques qu'on y rencontre sur les prérogatives du barreau et sur la nature de ses rapports avec la magistrature.

Il a placé en tête de son recueil une étude préliminaire, destinée à caractériser brièvement les circonstances douloureuses au milieu desquelles Decormis et Saurin s'entretenaient des besoins et des vœux de leur profession, et à indiquer, pour chacun d'eux, leur famille, leur position sociale, leur rôle public et privé. Puis, après avoir tracé le cadre de l'épisode qu'il veut reproduire et en avoir dépeint les acteurs, il remonte au delà du XVIIIe siècle, et décrit avec une remarquable exactitude les origines et les progrès du barreau provençal, une des branches les plus illustres et les plus anciennes du barreau français.

Toute cette partie de l'introduction est à la fois très-instructive et très-attachante. On y voit comment, au début des temps modernes, les avocats continuèrent le rôle glorieux des jurisconsultes romains. Les causes et les effets de l'exercice héréditaire de cette profession, dans certaines familles, donnent lieu, de la part de l'auteur, aux réflexions les plus judicieuses et les plus saines. Il rappelle tout ce que la magistrature gagnait, en autorité morale et en vraie dignité, à se recruter au sein du barreau, comme elle l'avait fait souvent pendant le XVIe siècle. Il déplore l'abandon graduel de ce salutaire usage, à partir de la fin du XVIIe siècle, et peint en traits vifs et accentués l'affectation croissante du magistrat à s'élever au-dessus de l'avocat.

Les lettres de Decormis et de Saurin abondent, sous ce rapport, en regrets du passé et en critiques de leur temps. Deux sentiments, qu'ils éprouvaient l'un et l'autre au même degré, s'y manifestent à chaque instant et forment, pour ainsi

dire, l'esprit général de leur correspondance. C'est d'abord une invincible aversion pour la vénalité des charges de judicature; c'est ensuite le vif déplaisir d'assister à la séparation de plus en plus profonde entre la magistrature et le barreau, au grand détriment de la justice et des justiciables. Sur ces deux points, la correspondance publiée par M. de Ribbe fournit des renseignements très-précis, très-curieux, et pour la plupart peu connus. On trouverait difficilement ailleurs un ensemble aussi complet de recherches historiques et d'appréciations critiques sur la vénalité des offices de magistrat.

Cet abus, dont Decormis et Saurin se plaignaient si amèrement, n'existe plus aujourd'hui. La révolution de 1789 l'a supprimé sans retour ; mais le mode suivi pour le recrutement de la magistrature n'est pas pour cela irréprochable, au jugement des hommes les plus impartiaux et les plus éclairés. Peut-être faudrait-il renforcer les conditions d'aptitude en exigeant des candidats le diplôme de docteur en droit, au lieu de celui de simple licencié, et compléter les garanties d'indépendance qui résultent de l'inamovibilité en appelant les corps judiciaires à choisir eux-mêmes leurs membres, sauf institution par le chef de l'État, et sous la réserve pour le gouvernement, du droit de nommer directement les magistrats du parquet, les premiers présidents des Cours et les présidents des tribunaux.

Quoi qu'il en soit de ces vues de réforme, qui demanderaient à être sérieusement discutées et mûrement réfléchies, les ouvrages du genre de celui que vient d'écrire M. de Ribbe, outre leur intérêt historique, sont d'un très-grand secours pour le perfectionnement de nos institutions judiciaires. En étudiant les vices qui entachaient celles de l'ancien régime, on apprend à découvrir ce qui peut manquer à celles du temps présent. La magistrature et le barreau, en lisant le récit de leurs dissentiments mutuels, s'instruisent à resserrer les liens qui les unissent et qui doivent les rendre réciproquement inséparables pour la bonne administration de la justice.

Ce sont là de vrais services rendus à la noble cause de la science du droit et de son application pratique. M. de Ribbe a bien mérité des amis du progrès en leur fournissant des termes de comparaison avec l'organisation actuelle de la magistrature et du barreau, en mettant sous leurs yeux les critiques que deux jurisconsultes distingués, deux citoyens devoués faisaient,

il y a plus d'un siècle, de la tendance des magistrats de leur temps à élever entre eux et les avocats une sorte de barrière infranchissable. Son essai historique et ses documents inédits sur l'ancien barreau du parlement de Provence ont une portée moins locale et plus haute que ne semble l'indiquer le titre sous lequel ils sont publiés. On peut le considérer comme un chapitre détaché de l'histoire générale du barreau français, histoire encore à faire, et que des travaux de la nature de celui-ci contribueront beaucoup à rendre possible et prochaine.

L'exemple qu'a donné M. de Ribbe est digne d'avoir des imitateurs. Il serait à désirer que ce qui vient d'être accompli avec talent et succès pour une époque particulière et pour un seul ressort fût étendu à toutes les époques et à tous les ressorts des anciens parlements. C'est ainsi qu'on préparerait, par la connaissance exacte des abus et des critiques du passé, l'amélioration progressive de notre organisation judiciaire et le complet accord de la magistrature et du barreau.

L. CABANTOUS.

DOMMAGES AUX CHAMPS CAUSÉS PAR LE GIBIER

(LAPINS, LIÈVRES, SANGLIERS);

DE LA RESPONSABILITE DES PROPRIÉTAIRES DE BOIS ET FORÊTS ET LOCATAIRES DE CHASSES.

Par M. Alexandre SOREL, avocat à la Cour impériale de Paris, suppléant du juge de paix de l'arrondissement des Gobelins[1].

Compte rendu
par M. Ch. MILLION, avocat à la Cour impériale de Paris.

La multiplicité toujours croissante des textes législatifs et les incertitudes inévitables d'une jurisprudence sans cesse oscillante ont depuis longtemps introduit dans notre législation une regrettable confusion. Cet état de choses en impose à notre époque aux meilleurs esprits qui s'exagèrent, sans doute à tort,

[1] Chez Aubry, rue Dauphine, 13.

les difficultés d'une large synthèse et d'une ample coordination, mais qui savent fort bien que les dimensions du tableau influent peu sur les horizons. Aussi voyons-nous chaque jour des jurisconsultes consciencieux restreindre le cadre de leurs études et concentrer leurs efforts et leurs recherches sur un point unique, sur une question limitée et spéciale. C'est ce qu'a fait M. Alexandre Sorel, qui a dirigé toutes ses facultés vers l'interprétation des lois, règlements et décisions qui concernent la *chasse*. De prime abord un semblable sujet paraît bien circonscrit et bien étroit; cependant on ne tarde pas à le voir s'élargir et prendre une véritable importance, surtout en suivant les considérations et les développements dans lesquels est entré l'auteur de la monographie dont nous rendons compte aujourd'hui.

La responsabilité pour faits de chasse n'est pas, en général, régie par d'autres règles que celles du droit commun; ces règles doivent donc être appliquées dans leur rigueur, et elles suffisent ordinairement pour prévoir toutes les éventualités; cependant il est un cas où elles deviennent d'une application délicate et quelque peu embarassante : le gibier est *res nullius*, il n'appartient à personne tant qu'il n'est pas abattu; comment dès lors sa présence dans une propriété, bois ou forêts, pourrait-elle créer, en faveur des propriétaires ou possesseurs des champs ravagés, un droit à réparation pour un dommage qui ne dérive pas directement d'un fait ou d'un acte immédiat de celui auquel appartient la propriété infestée de ces animaux? A quel moment d'ailleurs commencerait pour le propriétaire d'un bois, l'obligation de prendre souci des intérêts du voisin? Et y aurait-il, pour le propriétaire d'un bois, obligation de détruire ou de faire détruire à ses frais le gibier qui cause dommage aux champs voisins? Telles sont les questions que se pose M. Sorel et qu'il discute en s'appuyant sur la doctrine et en critiquant une nombreuse jurisprudence qui, dans cette matière, est loin d'être fixe et unanime. Il rapporte *in extenso* près de quarante-cinq décisions des divers tribunaux dont il fait ressortir les erreurs, les contradictions et les exagérations, et parvient à dégager d'une manière ferme et sûre le principe qui doit en pareille matière servir de base aux solutions à venir.

C'est là une bonne pensée qu'a eue M. Sorel, et nous ne dou-

tons pas que tous ceux que les plaisirs de la chasse intéressent et passionnent ne lui sachent gré de la charmante petite brochure qu'il vient de publier à leur intention; car ils y trouveront de bons enseignements et le moyen de repousser des actions injustes inspirées trop souvent par la cupidité et la jalousie.

CH. MILLION.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA LÉGISLATION DES ÉTATS PONTIFICAUX[1],

Par M. Maurice PUJOS, avocat.

Compte rendu par M. Gustave ROUSSET, ancien magistrat.

On ne peut jamais, quelque effort que l'on fasse, se soustraire entièrement à l'influence des idées à l'empire desquelles est asservi le milieu social où s'est développée notre intelligence; ce n'est pas à dire pour cela que leur domination soit telle qu'elle l'emporte sur l'amour inné de la vérité ou le sentiment plus souverain encore de l'évidence, mais qu'elle nous prédisose si bien à l'indulgence pour tout ce qui les touche que nous sommes quelquefois malgré nous sévères pour ce qui pourrait les contrarier.

L'habitude est une seconde nature, et une nature tyrannique; elle nous fait esclaves des idées reçues.

Ces réflexions me sont suggérées par un livre que M. Maurice Pujos, avocat près la Cour impériale de Paris, vient de publier sur la législation des États pontificaux, et dans lequel l'auteur me semble ne pas s'être mis assez en garde contre ces idées reçues « *que le pouvoir temporel est indispensable pour*

[1] Un vol. in-8°, Paris, chez Cotillon, libraire du Conseil d'État, au coin de la rue Soufflot, 23.

assurer l'indépendance du pouvoir spirituel du Saint-Siége, que le gouvernement des cardinaux est plus noirci qu'il n'est noir, et que les SUJETS ROMAINS *n'ont rien à envier, en matière de droits civils et politiques, aux illustres* CITOYENS *leurs ancêtres, et qu'ils ont toutes les libertés qu'ils méritent.* »

M. Pujos a été à Rome, il a parcouru les États pontificaux, non en touriste de loisir, mais en homme d'esprit qui a voulu savoir ce qu'on ne peut apprendre qu'à Rome, c'est-à-dire la vérité... la vérité sur cette question romaine que les aspirations, je ne dirai pas d'un peuple, mais du monde, ont posée à l'Europe et dont la solution semble être laissée à l'avenir des événements... la vérité sur la grandeur et la décadence de ce pouvoir qui tombe et autour duquel on crie *Tolle !*... la vérité sur ce peuple que l'esprit de parti représente tour à tour comme heureux de sa servitude et impatient de liberté ; — la vérité enfin sur la législation qui le régit, car c'est par la législation, dans les pays autocratiques surtout, que l'on peut découvrir la véritable pensée du Pouvoir et les causes des agitations qui l'éprouvent. A la différence donc de ceux qui des voyages ne recherchent que le côté futile et agréable, M. Pujos s'est ainsi attaché au côté sérieux et utile, et des idées qu'une observation attentive des faits, des mœurs et des lois lui a suggérées, il en est résulté le livre sur lequel je crois devoir appeler l'attention spéciale de ceux qui veulent connaître des États pontificaux autre chose que les passions politiques n'en avouent ou n'en dévoilent.

Jamais livre ne vint plus à propos.

Que n'a-t-on pas dit sur Rome, sur son gouvernement, ses malheurs, ses fautes et les épreuves qu'il subit! Il s'en faut cependant de toute la vérité que toute la vérité soit connue.

Grande comme le monde qu'elle agite, la question romaine a été et devait être envisagée sous des aspects différents; il en est un cependant, et non le moins considérable, devant lequel on ne s'est pas suffisamment arrêté : cela est toujours ainsi lorsqu'on s'en fie trop aux hommes d'imagination, littérateurs ou journalistes, du soin de rechercher les causes des révolutions et d'éclairer l'opinion sur des événements de cette importance : esprits superficiels et légers, on peut être certain qu'ils ne s'attacheront qu'aux points saillants et lumineux, aux côtés fantaisistes et pittoresques ou par contraste aux faces qui

excitent l'horreur, l'indignation ou le dégoût ; ce qu'ils cherchent, c'est moins en effet la vérité que l'occasion d'attirer l'attention de la foule par leurs dithyrambes ou leurs catilinaires : — bonnes gens qu'émeuvent leurs imprécations ou que charment leurs phrases sonores, vous doutez-vous seulement de ce qui les a inspirées ? Hélas ! et ceci est triste à dire, ce n'est ni la passion du bien ni la légitime indignation du mal, mais le démon de l'orgueil, de la vanité et de l'ambition : « *à quoi ne porte pas les poitrines humaines, la soif maudite de l'or, des faveurs et des honneurs !* » — Non, là n'est pas la conviction, là n'est pas la conscience, et c'est par là que diffère de ces écrivains M. Maurice Pujos : son livre est une œuvre de foi et de bonne foi, de conviction et de conscience.

Si l'histoire d'un peuple en fait connaître la vie et les gestes, sa législation seule en explique les mœurs, les tendances et le gouvernement, « *car ce sont les lois qui forment le moi d'un peuple et lui donnent sa personnalité.* [1] » Pour bien apprécier la situation de Rome, il était en conséquence indispensable de l'envisager au point de vue des lois qui la régissent, et c'est peut-être parce qu'on a négligé jusqu'ici de le faire que l'opinion publique est encore divisée sur le jugement qu'on en doit porter.

M. Pujos a donc mis au dossier une pièce importante et comblé une véritable lacune ; mais s'il faut sous ce rapport rendre justice à la portée de son travail, il convient de reconnaître aussi que son utilité juridique ne le cède en rien à son importance politique.

Photographe intelligent des institutions romaines, M. Pujos en a étudié et surpris le mécanisme dans son action locale, il a pour ainsi dire pris le fait sur le fait, et il vient nous dire : voilà ce qui est... jugez. — Mais si je dois rendre justice à l'esprit de modération qui a présidé sur ce point à ses appréciations, je ne puis cependant m'empêcher de faire à cet égard de justes réserves : — je comprends, jusqu'à un certain point, qu'il se soit abstenu de faire la critique des choses et des abus qui n'ont leur principe que dans les vices, l'ignorance ou les passions des hommes, pour ne voir que les lois, la pensée qui les a inspirées, mais qu'il en ait induit que ces lois ne *pou-*

[1] Ancillon.

vaient être meilleures, eu égard à la situation, c'est là en vérité un *non possumus* qu'il m'est impossible d'admettre.

Je ne pourrais en conséquence partager son opinion trop indulgente au sujet des lois qui concernent le *droit d'aînesse*, les *substitutions fidéicommissaires*, le système de succession et toutes ces institutions d'un autre âge qui jurent à Rome, comme ailleurs, avec l'état des esprits et les progrès de la civilisation moderne ; je ne serai même pas éloigné de leur attribuer l'état d'infériorité relative des États pontificaux au point de vue industriel, agricole et commercial ; j'en laisse M. Pujos juge lui-même : que pense-t-il d'une législation qui donne de pareils résultats et d'un gouvernement dont l'action n'est pas assez puissante pour imprimer à son peuple cette activité que les gouvernements voisins ont développée autour d'eux ? Mais je risquerai à discuter ainsi les appréciations, d'ailleurs fort prudentes, de l'auteur, d'épuiser en critique l'espace qui me reste pour faire connaître son travail.

Je reprends en conséquence mon analyse.

Après une introduction où se révèlent de réelles qualités de style, et dans laquelle l'auteur expose son but, M. Pujos divise son étude en deux parties.

La première traite de la législation en général, la seconde de l'administration de la justice : d'abord, l'examen des lois et des Codes ; ensuite, l'indication de la manière dont ces divers règlements sont appliqués. Cette première partie, qui se compose de trois chapitres, où l'auteur étudie successivement les lois civiles, les lois criminelles et les lois administratives, offre au lecteur curieux un intérêt moins vif, évidemment, que la seconde partie, qui est consacrée à l'examen de l'administration de la justice. Les lois sont, à Rome, en effet, semblables, à peu de détails près, à nos lois françaises : supprimez dans le règlement civil ce qui concerne le droit des femmes, les biens de main-morte, les fidéicommis et les successions *ab intestat*, et vous n'aurez plus que les prescriptions du Code civil ; annulez dans le Règlement sur les délits et les peines les dispositions contre les duellistes et les sacriléges, et vous n'aurez plus que des dispositions à peu de choses près semblables à celles de notre Code pénal.

L'administration de la justice, au contraire, diffère profondément, à Rome, par la manière dont elle est organisée, de

celle qui fonctionne actuellement en France. Il faut lire ici l'ouvrage de M. Maurice Pujos et voir la liste de tous les tribunaux romains avec leurs attributions et leur composition respectives ; il faut voir ce que cachent à Rome ces noms si simples en apparence de *tribunal civil, tribunal criminel* ; il faut enfin apprendre ce que valent toutes ces nombreuses congrégations religieuses auxquelles est encore attribué un pouvoir judiciaire, pour reconnaître toute la nécessité et la justice des réformes que le gouvernement de l'empereur conseille depuis si longtemps et avec si peu de succès au gouvernement pontifical ; — quoi qu'il en soit, la nomenclature et l'explication de tant de juridictions présentaient un spectacle bien complexe et bien diffus ; M. Pujos l'a presque rendu clair et simple : on peut en juger par l'énumération suivante qu'il en donne, en consacrant à chacune d'elles un chapitre particulier.

En matière civile,

Les tribunaux ordinaires sont :

1° Les gouverneurs, ou plutôt les *assesseurs*, juges singuliers ;
2° Le tribunal dell' A C (*dell' auditor cameræ*);
3° Le tribunal de la sacrée Rote ;
4° Le tribunal de la suprême signature.

Les tribunaux extraordinaires sont :

1° Les ordinaires et les métropolitains (évêques et archevêques) ;
2° Le tribunal du vicariat de Rome ;
3° Le tribunal dell' A C ;
4° Le tribunal de la sacrée Rote ;
5° La congrégation dell' *rev. Fabrica di San-Pietro ;*
6° La congrégation *della visita apostolica ;*
7° La congrégation *Lauretana ;*
8° La congrégation *dell' immunità eclesiastica ;*
9° L'*Uditore santissimo ossia del Papa ;*
10° Le tribunal de la suprême signature.

En matière criminelle,

Les juridictions *ordinaires* auxquelles est déféré le jugement des faits prévus et punis par les lois criminelles, délits *majeurs* et délits *mineurs*, sont :

1° Les gouverneurs des différentes villes du territoire, pour les *délits mineurs ;*

2° Le tribunal du gouverneur de Rome, jugeant comme les gouverneurs et connaissant en outre en appel de leurs sentences;

3° Le tribunal criminel de Rome, jugeant en premier et dernier ressort tous les *délits majeurs* qui n'entraînent pas la peine capitale, et connaissent en outre en appel de tous les jugements rendus à raison des *délits mineurs* susceptibles d'appel;

4° Le tribunal *della sacra consulta*, Cour suprême, il connaît en appel de toutes les causes déjà jugées par un tribunal de Rome ou de l'*agro Romano;* haute Cour de justice, il juge en premier et dernier ressort tous les *crimes et délits politiques*, — et réunit en outre les attributions de notre Cour de cassation et de notre Conseil d'État, en ce qui concerne l'appréciation des jugements sous le rapport de l'interprétation des lois, les règlements de compétence, les conflits et les poursuites à diriger contre les fonctionnaires; — la sacrée consulte est aujourd'hui présidée par le cardinal Antonelli.

Les tribunaux *extraordinaires* ou d'exception sont :

1° Le tribunal *del prefetto dei sacri palazzi apostolici;*

3° Le tribunal criminel *dell' Rev. camera apostolica.*

Les attributions respectives de ces diverses juridictions ont été de la part de M. Pujos l'objet de chapitres particuliers; — l'auteur s'est particulièrement appliqué à nous en faire connaître la composition; nous aurions toutefois désiré plus de développements en ce qui concerne leur compétence au double point de vue des faits (*ratione materiæ*) et des personnes (*ratione personæ*) qui en relèvent; — l'auteur me paraît avoir passé un peu rapidement sur ces points si importants et si indispensables pour bien apprécier l'organisation et le système judiciaires; — on comprend néanmoins, en lisant son livre, le mécanisme de la justice à Rome, tant en matière civile qu'en matière criminelle : c'est ce que désirait simplement l'auteur qui ne conclut pas et qui n'a eu d'autre dessein, dit-il, que d'apporter aux débats de nouveaux documents et de nouvelles pièces justificatives.

On ne peut être plus complet et plus logique qu'il ne l'a été dans cet exposé succinct et fidèle, et j'aime à croire que je ne fais que devancer ici l'opinion des esprits que sédui-

sent les divisions méthodiques en déclarant que le plan et l'ordre suivis par M. Pujos témoignent d'une réelle puissance d'analyse et d'une grande portée d'esprit.

Quoi qu'il en soit, et sans parler des charmes du style, je ne crains pas de répéter en terminant que le livre de M. Maurice Pujos est non-seulement un livre bien pensé et agréable à lire, mais un livre utile, et ce qui, à mon avis, vaut mieux encore, une œuvre sage de conviction et de bonne foi.

GUSTAVE ROUSSET.

CHRONIQUE.

Résolutions du premier congrès de commerce allemand (réuni à Heidelberg du 13 au 18 mai).

1° Le congrès général de commerce de l'Allemagne est l'organe de l'industrie et du commerce allemands, appelé à se prononcer, dans des sessions régulières, sur des questions d'un intérêt général pour le commerce allemand.

2° Il doit se réunir au moins tous les deux ans.

3° Il est convoqué en outre sur la demande de vingt-cinq places de commerce au moins ou sur une décision du comité permanent.

4° Toutes les chambres et présidences de commerce (*Handels-Vorstände*) et, en leur absence, des réunions privées de commerce peuvent envoyer un certain nombre de délégués qui toutefois, dans les délibérations, n'ont qu'une seule voix pour la même localité.

5° Le congrès élit pour la durée de la session un président et deux suppléants, ainsi qu'un secrétaire (5 et 6).

7° Un règlement détermine la forme des propositions et des amendements.

8° Le congrès fixe le lieu de sa prochaine réunion.

9° Un comité permanent, composé de neuf membres, est nommé pour l'intervalle des réunions et un comité central *permanent* (11 et 12).

10° Le siége de ces comités est à *Berlin*.

11° Ces deux comités sont chargés de l'exécution des résolutions du congrès, de préparer la réunion du congrès et l'ordre du jour, de convoquer en cas d'urgence une assemblée extraordinaire et de veiller aux intérêts du congrès, de concentrer les efforts des différentes présidences de commerce (*Handels-Vorstände*) et de fournir les éclaircissements demandés, et enfin de dresser un rapport annuel du mouvement du commerce et de l'industrie de l'Allemagne (9 mai 1861).

Ce premier congrès de Heidelberg réunissait près de deux cents (198) *délégués* envoyés par quatre-vingt-deux villes de toutes les contrées de la grande patrie allemande, depuis Aix-la-Chapelle, Altenburg, Altona, Naumbourg, jusqu'à Trieste, Ulm, Vienne, Wisbade, Worms, Wurzbourg et Zwickau, le Mulhouse saxon.

Le congrès allemand a délibéré sur les projets suivants :

1° Maintien et extension du Zollverein, qui, adopté par les États n'ayant pas encore accédé à l'union rapprochée de l'Autriche par la liberté de commerce, sauf le maintien des impôts de consommation et de finance, représenté à l'étranger par des agents consulaires et un pavillon communs, doit être réformé de façon que toute modification de la législation douanière devra être adoptée par les représentants des gouvernements, d'une part, et par les représentants des populations, d'autre part (proposition de la chambre de commerce de Cologne; rapport Cl. Kappelmann, 11 mai).

2° Suppression des droits de péage de l'Elbe et des droits de transit sur le territoire fédéral (rapp. Hurter, 11 mai).

3° Responsabilité des administrations des chemins de fer pour le *transport des marchandises* (liv. IV, tit. 5, modifié du nouveau Code de commerce, auquel la loi anglaise : *The railway and canal traffic act*, du 10 juillet 1854 [17 et 18 Victoria, cap. 31], a servi de modèle [art. 390-431]). Règlement pour le transport des marchandises de l'Union des administrations des chemins de fer allemands, arrêté dans l'assemblée générale de Hambourg, du 12 au 15 novembre 1860 (§ 28 : rapport de M. le prof. Goldschmidt, à Heidelberg).

4° Proposition de la chambre de commerce de Brême, relative à la suppression des droits différentiels de tonnage et de navigation.

A Cuba les bâtiments espagnols payent par tonne 5 thalers, les bâtiments étrangers 12 thalers; les importations sur bâtiments espagnols 21 1/2 à 25 1/2 p. 100 *ad valorem*, sur bâtiments étrangers 29 1/2 à 35 1/2, plus 1 p. 100 (*balanza*); mêmes différences pour les exportations. Dans les ports *français* les bâtiments allemands, « navires étrangers qui n'ont pas de traité de navigation, » sauf ceux du Meklenbourg, payent 3 fr. 75 c. par tonne; en droits d'expédition pour 5 à 200 tonnes 18 fr., pour plus de 200 tonnes 36 fr.; pour droits de pilotage à Bordeaux d'un bâtiment de 100 tonnes 370 fr.; pour droits de déclaration 50 cent., et pour ceux de courtage 1 fr. 50 cent. par tonne. Le nombre des bâtiments naviguant sous le pavillon allemand s'élevait en 1859 (*Annuaire* du Dr O. Hubner, VII, Leipzig, 1861) à 3,680, jaugeant plus de 1 million de tonnes, non compris 665 bâtiments autrichiens, d'un tonnage moyen de 360 tonnes, en dehors de la navigation de cabotage. Le mouvement de navigation de *Hambourg, la métropole* (emporium) *de la mer et du commerce du Nord*[1], seul, en 1859, s'élevait, à l'entrée, à 4,594 bâtiments jaugeant 565,534 *last* (à 4,000 livres) et à la sortie à 4,594 bâtiments jaugeant 371,365 *last*. La valeur annuelle des importations s'élevait pour *Hambourg* à 141 millions de *thalers courant*, pour *Breme* à environ 30 millions de thalers).

5° Établissement des tribunaux de commerce (*proposition Mittermaier*).

6° Réforme de la législation douanière du *Zollverein* (mémoire du comité pour la liberté de commerce de Hambourg, avril 1861).

J. BERGSON.

[1] V. la *Revue critique*, XI, 541; XVI, mars.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

IVe QUESTION.

SOMMAIRE.

22. *Nécessité d'examiner l'histoire de l'ancien droit et la formation de l'article avant que de résoudre la question.*

24. *Ancien droit. Deux systèmes généraux de conventions matrimoniales en France. — Parallèle.*

25. *Suite. De la communauté des pays coutumiers et du mode pratique d'y déroger. — La communauté réduite aux acquêts n'y était probablement pas connue, et pourquoi? — Communauté accidentelle des pays de droit écrit. — Différence spécifique entre ces deux sortes de communautés.*

26. *Les différentes dérogations au système général étaient, comme la communauté même, conventions de mariage, non sujettes à la légitime.*

27. *Raisons qui font penser qu'en pays coutumier une convention matrimoniale dans les termes de l'article* 1525 *aurait pu être considérée comme donation entre-vifs. — Ancien système de partage des conquêts,* à la note.

28. Quid *en pays de droit écrit?*

29. *Droit intermédiaire. — Changements radicaux dans les lois relatives aux mariages, substitutions, successions, donations et testaments. — Comment la stipulation de l'article* 1525 *y aurait-elle pu être considérée?*

30. *Projet* Jacqueminot *sur les successions, donations entre-vifs et à cause de mort, portion disponible et donations par contrat de mariage.*

31. *Même projet sur les* Droits respectifs des époux. — *En quoi il déroge aux coutumes. — Antinomie dans les termes corrigée par la section de législation du Conseil d'État.*

32. *Premiers projets de l'article* 1525. — *Changements introduits par le Conseil d'État.*

33. *Observation sur le changement d'esprit dans les divers projets relativement au régime dotal.*

34. *L'article* 1525 *règle une vraie convention matrimoniale qui ne doit jamais être affectée par la légitime.*

35. *Le dernier alinéa du projet Jacqueminot n'était qu'une inutile apologie de la disposition. — Pourquoi le Conseil d'État a-t-il dû la maintenir?*

[1] V. le présent tome, p. 1.

36. *Pourquoi la correction des mots* « établir sous cette condition, » *par le mot* stipuler ?

37. *Comment le projet Jacqueminot entendait-il les mots* « la totalité de la communauté ? »

38. *Comment doit-on les entendre sous le Code civil?*

39. *Explication des mots* « sauf aux héritiers, » *etc.*

40. *Conséquences de l'addition* « sauf aux héritiers, » *etc.*

41. *Il est permis de faire donation des apports et échutes. — Les collatéraux ont comme les enfants le droit d'en faire reprise quand il n'y en a pas donation formelle.*

42. *Retour à notre* Question IV°.

43. *Sur la stipulation qu'au survivant appartiendront* tous les bénéfices *de la communauté et* tous les propres *du prémourant.*

44. *Sur la formule : faire donation au survivant de* tous les bénéfices *de la communauté et* de l'usufruit des propres *du prémourant.*

45. *Sur la stipulation des* bénéfices *et* apports *du prédécédé.*

46. *Sur la forme :* donation tant des bénéfices *de communauté que* des apports et capitaux.

47. *Sur la forme :* donation de tous les biens *de la communauté, lorsqu'il s'agit d'une société d'acquêts.*

48. *La même formule* (quand *il ne s'agit pas de simples sociétés d'acquêts*) *offre une équivoque.*

49. *Sur la formule :* donation de la totalité *de la communauté.*

50. *Examen d'arrêts.*

23. Avant que d'exprimer mon opinion sur la quatrième question, le lecteur me permettra de changer l'ordre que j'ai suivi jusqu'à présent ; car je crois utile de m'arrêter un peu sur l'ancien droit, de rappeler et le droit intermédiaire et quelques faits antérieurs au Code civil, d'étudier la formation lente et successive de notre article 1525, d'en chercher le sens littéral et de descendre dans la pensée du législateur.

24. De même que nous avions en France deux systèmes généraux de succession, l'un pour les pays coutumiers, l'autre pour les pays de droit écrit, de même avions-nous deux systèmes généraux pour régler les intérêts respectifs des époux.

Dans la France coutumière : communauté en tous biens meubles présents et à échoir, et en tous conquêts immeubles faits pendant le mariage. — Puissance absolue du mari sur tous les biens communs. — Puissance absolue du mari sur l'administration des biens propres de la femme.

Dans les pays de droit écrit : dot inaliénable confiée au mari pour le soutien du ménage. — Biens extradotaux laissés en la puissance de la femme. — Généralement, aucune communauté dans les biens.

Dans les deux systèmes, liberté aux futurs époux de se faire des donations unilatérales ou réciproques avant le mariage. — Dans les deux systèmes, défense à eux de s'en faire après.

Défense moins sévère pourtant en pays de droit écrit, où les époux pouvaient tester au profit l'un de l'autre, et où les donations entre-vifs pendant le mariage devenaient stables, si le donateur ne les révoquait pas. Défense plus sévère en pays coutumier à cause de la corrélation du système des mariages avec le système des propres de succession.

25. Dans les deux systèmes, les *Conventions de mariage* étaient des conventions parfaites et irrévocables.

Les contrats de mariage étant susceptibles de toutes conventions non défendues, il arriva que, même en pays coutumier où la communauté formait le fond et la base du droit entre époux, les besoins spéciaux à chaque union conjugale nécessitaient souvent des dérogations au système, et même quelquefois son abandon entier. La pratique (car les faits ont aussi leur enchaînement logique) y procéda par EXCLUSIONS GRADUÉES des effets de la communauté légale. La pratique a donc, suivant les volontés diverses des parties, exclus de la communauté les dettes antérieures au mariage; ou le mobilier antérieurement acquis; ou le mobilier à échoir à chacun durant le mariage; et ces trois modes d'exclusion réunis ont formé quelque chose d'à peu près semblable à ce que notre Code civil appelle aujourd'hui *communauté réduite aux acquêts*[1]. D'exclusion en exclusion, on est arrivé à stipuler qu'il n'y aurait pas communauté, ce qui laissait au mari les fruits des biens de la femme et la puissance maritale sur ces biens; et enfin, franchissant ce dernier degré, la

[1] *D'à peu près semblable.* Je ne nie pas qu'en pays purement coutumier on ait fait quelque contrat de mariage en communauté réduite aux acquêts; mais je ne le pense pas, parce que les notaires, qui n'étaient que praticiens, ne concevaient pas la communauté sans une mise actuelle en commun; et, comme cette mise pouvait être très-modique (quelques centaines de livres), on obtenait à peu près le même résultat en portant au contrat que, des biens actuels des époux ils mettaient chacun 200 livres dans la communauté pour composer un fonds de 400 livres, le reste de leurs biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, leur demeurant propres à chacun. Telle était la marche de la pratique : si bien que quand on n'employait pas la clause de réalisation dont je viens de parler, et qu'on voulait que le survivant eût toute la communauté en propriété, on excluait de la communauté *les héritiers du prémourant.*

femme a stipulé du mari qu'elle conserverait même la jouissance personnelle et l'administration de ses biens, ce qui s'exprimait par la clause de séparation de biens; mais la femme restait cependant soumise à la puissance maritale, telle qu'elle était connue en pays coutumier.

En pays de droit écrit, et surtout dans les provinces commerçantes, on ajouta quelquefois au mariage dotal une *communauté d'acquêts*, où il n'entrait rien autre chose que le produit des économies faites sur les revenus respectifs des deux époux et de la collaboration commune. C'était absolument la société d'acquêts permise sous notre nouveau Code civil par l'article 1581 sous le régime dotal, laquelle se réglera comme la communauté réduite aux acquêts par l'article 1498.

Ainsi, comme l'a dit Choppin (*Coutume d'Anjou*, liv. III, ch. 2, tit. 2, n° 2), il importait autrefois de distinguer dans les contrats de mariage *la communauté coutumière* et *la communauté des pays de droit écrit*. Dans la première sont mis en commun tous les biens meubles quelconques appartenant aux deux époux au temps où se forme le mariage; dans la seconde, au contraire, il n'entre de biens que ceux qui découlent des soins pris par chaque époux depuis le mariage formé : *Ea quæ ex operâ cujusque post initam societatem descendunt.*

26. Dans les deux systèmes, puisque les conventions de mariage étaient des contrats à titre onéreux, les enfants du mariage ne pouvaient demander leur légitime sur le résultat final de ces conventions.

Cela ne faisait pas de doute, même en pays coutumier, quand le contrat procédait dans les termes de la coutume ou par exclusion de quelques conséquences naissant de ses dispositions.

Ainsi les enfants auraient été repoussés, s'ils eussent voulu faire entrer dans leur légitime ou dans le calcul pour la supputer, tout ou partie de ce que le survivant prétendrait dans la communauté en vertu d'une clause qui lui aurait été favorable, comme le partage égal, quoique les apports en communauté fussent très-inégaux ; comme dans le cas où les apports étant égaux, l'apport du survivant aurait été épuisé par ses dettes antérieures au mariage ; dans celui où les héritiers de la femme prédécédée n'auraient pour tous droits de communauté qu'une somme fixée par le contrat; dans celui de fixation de parts

inégales entre les deux époux, ou d'exclusion des héritiers du prémourant, etc., etc.

27. Bien que de ce qui précède (nos 25 et 26), il résultait qu'on pût arriver à une convention de mariage à peu près semblable à celle de notre article 1525, au moyen d'exclusion de certains effets des coutumes; néanmoins, je crois que si les futurs époux avaient déclaré aussi nettement que cet article, et dans la forme directe, que la totalité de la communauté appartiendrait au survivant d'eux, et que cette communauté eût été très-fructueuse, la question de savoir si la moitié des conquêts était chargée de la légitime des enfants nés du mariage aurait souffert de graves difficultés.

En effet, 1° notre article 711 sur l'acquisition des biens par l'effet des obligations n'existait pas encore. 2° N'existait pas non plus notre article 1525, qui qualifie la clause de convention de mariage et entre associés. — 3° N'existaient pas encore, une loi aussi méthodique sur la communauté, que notre Code civil au titre *du Contrat de mariage;* ni surtout les articles 1467 à 1474, qui contiennent les règles spéciales au partage de communauté en fixant l'ordre des rapports et des prélèvements de chacun sur la masse active, avant que de déterminer quel sera LE SURPLUS à partager dans l'actif; au contraire, dans le droit coutumier, les textes (sous l'éventualité de l'acceptation de la femme ou de ses héritiers) semblent investir chacun des époux de sa part dans chaque conquêt, à la charge de payer sa part dans les dettes, par corrélation au système des propres de succession alors existant[1]. — 4° On devait être d'ailleurs porté, en pays

[1] Tout se tient dans le droit civil. Ce que je viens de dire sommairement, je l'avais écrit avec les développements nécessaires en 1846, à propos de la question de savoir si, dans notre droit actuel, il y avait des circonstances où les reprises d'un des époux, quoiqu'elles tirassent leur origine de biens mobiliers dont la communauté lui devait indemnité, devenaient *immobilières*, quand l'ordre indiqué par le Code civil lui attribuait des immeubles pour L'EXÉCUTION de son droit de reprises. Je ne reviens pas sur cette question que mon digne et savant ami, M. Paul Pont, vient de traiter, avec sa fermeté ordinaire, dans la *Revue critique*, t. XIX, p. 481. Je ne veux par cette citation que bien développer ce que je viens de dire sommairement.

« Sous l'ancien droit, les reprises à faire par l'un des époux (autres que les reprises en nature et les remplois faits au cours de la communauté) étaient regardées comme *mobilières*, bien que l'époux en fût rempli en immeubles; par conséquent ces reprises appartenaient à l'héritier des meu-

coutumier, à regarder comme donation, et non comme simple convention, une clause de contrat de mariage attribuant DIRECTEMENT au survivant tous les profits de communauté, puisque la coutume avait classé, parmi les donations (Paris, art. 380), le don

bles. C'était, malgré les controverses qui s'élevaient de temps à autre, l'opinion générale et la doctrine de Renusson, de Lebrun et de Pothier.

« Mais il y avait alors plusieurs raisons de le décider ainsi, soit qu'il s'agît des *acquêts* de succession, soit qu'il s'agît des *conquêts* de communauté.

« D'abord, en matière de succession, les mots *héritier des meubles* ne désignaient pas un homme qui n'eût que des meubles dans sa part. L'héritier des meubles l'était en même temps des *acquêts* immeubles, c'est-à-dire des immeubles que le défunt ne tenait pas de sa famille : *héritier des meubles*, en pays de coutume, était l'opposé d'*héritier des propres*. On sent dès lors tout ce que l'inexactitude de la dénomination a dû apporter de confusion dans le langage et dans les idées des jeunes avocats qui n'avaient pas suffisamment étudié les coutumes.

« En second lieu, en matière de communauté, l'acceptation expresse ou tacite de la femme remontant au jour de la dissolution, était *attributive* pour chacun des époux, *de moitié* dans chacun des effets (mobiliers ou immobiliers) de la communauté, sous la charge personnelle de payer la moitié des dettes. Ce n'était pas par la liquidation ni par un effet rétroactif et déclaratif qu'on connaissait ce qui appartenait à chaque époux : non. L'acceptation de la femme réalisait l'espérance qu'elle avait eue pendant le mariage d'être propriétaire de la moitié dans chaque conquêt ; et elle avait ce *droit de moitié* pour tous et chaque conquêts qui se trouvaient dans la communauté au jour de sa dissolution.

« Les textes de la coutume de Paris le prouvent : « Art. 220. Homme et « femme conjoints ensemble par mariage sont uns et communs en biens « meubles, et conquêts immeubles faits durant et constant le mariage... » Et aussitôt après, art. 221 : « Et *aussi* la femme est tenue, après le trépas « de son mari, payer la moitié des dettes mobilières faites et accrues par « ledit mari..., et ce jusqu'à concurrence de la communauté. » Ce mot *aussi* de l'article 221 prouve bien que la femme avait la propriété par moitié de chaque conquêt, et qu'en payant la moitié des dettes elle se conservait la moitié de chaque corps certain.

« L'article 229 est encore plus formel : « *Après le trépas* de l'un des con- « joints, *les biens* de ladite communauté *se divisent* en telle manière que « *la moitié* en *appartient* au survivant, et *l'autre moitié* aux héritiers du « trépassé. » Ainsi c'était la loi municipale qui opérait *division* et *attribution* entre le survivant et les héritiers du défunt.

« Pourquoi, contrairement au droit commun de la France, selon lequel c'était l'effet déclaratif et rétroactif des partages qui déterminait quels effets avaient appartenu à chaque héritier au moment de l'ouverture de la succession, pourquoi s'opérait-il donc une *division* et une *attribution* légales *de moitié* de chaque effet de la communauté à l'instant du *trépas* de l'un des conjoints ?

« L'article 230 nous l'enseigne ; en voici le texte : « ... *laquelle moitié*

mutuel fait pendant le mariage, à défaut d'enfants, de l'usufruit des seuls biens de communauté, avec caution de restitution : or, de ce que dans un pays coutumier le don mutuel d'usufruit de la communauté à défaut d'enfants était donation entre-vifs, il

« de conquêts advenus aux héritiers du trépassé est LE PROPRE HÉRITAGE « desdits héritiers. »

« Ainsi le système des propres de la communauté avait été mis en harmonie avec le système des propres de succession. Les mœurs voulaient que les immeubles fussent conservés dans les familles. *Les conquêts* immeubles de communauté étaient *acquêts* dans la main des époux, mais ils devaient devenir *propres de succession* dans celles de leurs héritiers. Or, comme il fallait déterminer, non pas pour le défunt, mais pour ses héritiers, la *qualité* des biens qui leur adviendraient *dès l'instant même* de l'ouverture de la succession de celui qui les leur transmettait, la loi municipale avait *divisé de plein droit*, en deux parties égales, les conquêts de communauté, elle avait déterminé quelle portion dans leur propriété reposerait sur la tête des héritiers au moment de la mort du prédécédé, et *sortirait* entre leurs mains *nature de propre* du côté et ligne du défunt : et cette propriété *de moitié* dans chaque corps certain était tellement fixe, que si les héritiers du trépassé venaient à mourir eux-mêmes avant d'avoir appréhendé la succession du prédécédé ou sa part et ses droits dans la communauté, ils transmettaient leur droit à la moitié de chaque immeuble conquêt de la communauté de leur auteur, non à *leur* héritier *des acquêts*, mais à *leur* héritier *des propres*. La suite de l'article 230 le prouve : « TELLEMENT QUE *si lesdits héritiers* « *vont de vie à trépas sans hoirs de leur corps, icelle* MOITIÉ *retourne à leur* « *plus prochain héritier* DU CÔTÉ ET LIGNE DE CELUI DESDITS MARIÉS *par le* « *trépas duquel est advenue ladite moitié.* »

« Cette législation bien connue, il est facile de pénétrer dans l'esprit de l'ancienne jurisprudence.

« Puisque chacun avait sa moitié certaine, quoique indivise, dans chaque conquêt de communauté, son droit de propriété était déterminé avant tout compte, liquidation et partage ; puisque le droit de propriété de chaque époux était déterminé à la moitié de chaque conquêt immeuble avant tout compte, liquidation et partage, il s'ensuivait comme conséquence directe que le mari, en employant ses propres deniers à acquérir des immeubles, avait acquis ces immeubles *moitié* pour lui, *moitié* pour sa femme, si celle-ci venait un jour à accepter la communauté ; puisque l'acceptation de la communauté par la femme conférait à celle-ci la moitié de chaque immeuble, il suivait que, par l'effet de l'accomplissement de cette condition, sous laquelle ils étaient uns et communs en chaque conquêt, le mari n'était, quant à ses deniers propres par lui employés pour l'acquisition, qu'un *negotiorum gestor* relativement à la moitié achetée *re ipsâ* pour le compte de sa femme ; s'il n'était qu'un *negotiorum gestor* relativement à chaque moitié d'immeuble qui se trouvait acquise pour le compte de la femme acceptant la communauté, et si les valeurs mobilières de la communauté n'étaient pas assez abondantes pour qu'il y pût retrouver ce qu'il avait déboursé, il n'avait pourtant pas sur la moitié appartenant à sa femme dans les conquêts

résultait presque nécessairement que la convention par contrat de mariage d'attribuer la communauté entière au survivant était en elle-même une sorte de véritable donation, au préjudice des enfants à naître, quelque conventionnels qu'en fussent les termes. 5° A ceux qui, pour combattre ce sentiment, auraient invoqué la faculté qu'on avait, en pays de coutume, de se marier en séparation de biens, ou bien sans communauté, ou avec exclusion de communauté pour les héritiers du prédécédé, on leur eût répondu qu'en cas de séparation contractuelle, les parties refusaient mutuellement de se soumettre à la coutume; qu'en cas de mariage sans communauté, elles ne faisaient encore qu'y déroger; et que, dans le cas d'exclusion des héritiers du survivant, il n'y avait point autre chose qu'une simple re-

un principe de propriété ni de revendication; il avait au plus un droit de rétention jusqu'à payement.

« Et de conséquence en conséquence, on arrivait à dire que les reprises du mari étaient une créance, au moins pour la partie qui avait servi à acquérir la part de sa femme; que la femme ou ses héritiers étaient libres de payer cette créance en argent et de garder leur part d'immeubles; et que si, par arrangement et pour éviter les ventes, des immeubles étaient abandonnés à l'un des époux pour balancer les reprises qu'il avait à exercer, c'était là, *non pas un résultat légal*, puisque aucune loi n'y contraignait, *mais un résultat conventionnel*, lequel acquittait la dette contractée envers le mari par une sorte de dation en payement faite à l'aide d'un bien appartenant pour moitié à la femme.

« Et cela paraissait vrai sous un régime où l'on interrogeait sans cesse l'*origine* des biens pour en régler la dévolution, où l'on demandait dans les successions si les biens avaient été transmis par une génération précédente, où l'on demandait dans les communautés si les biens avaient été acquis pour faire participer chaque époux à leur propriété.

« Ainsi, sous le droit coutumier, les reprises étaient mobilières et appartenaient à l'héritier des acquêts, et telle était l'opinion des auteurs les plus estimés.

« Mais la controverse n'avait pas cessé; les opinions étaient divisées; Pothier constate, moins de vingt ans avant 1789, que deux systèmes concouraient. *Selon les uns*, les reprises s'exerçaient à titre de créances; *selon les autres*, elles conféraient un droit réel; elles constituaient un droit plus fort dans la communauté, et quand elles plaçaient des immeubles dans le lot de l'un des époux, ces immeubles étaient censés *lui avoir* TOUJOURS *appartenu* par l'effet *déclaratif et rétroactif* des partages.

« Ces deux systèmes étaient connus des auteurs du Code civil. Lequel ont-ils adopté?

« Remarquons d'abord que dès l'an II le système de la succession des propres était aboli, et que le Code civil a persisté dans cette abolition : « La loi « ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succes-

nonciation pour une éventualité; mais que la forme *directe* d'attribution de la part d'un des futurs à l'autre, semblant transporter au survivant ce que l'autre aurait acquis durant le mariage, ne pouvait être qu'une vraie donation de biens à venir, à savoir de la part acquise par le prédécédé dans chaque conquêt et non une simple convention de mariage, surtout au respect des enfants du mariage, lesquels y viendraient demander leur légitime. — Je crois ces raisonnements dans les idées coutumières; mais aussi je les crois erronés (V. n° 16 et 17, p. 17 de ce volume), car je ne vois pas, sauf le changement de forme dans l'écriture, d'autre résultat dans l'espèce de l'article 1525, que dans l'espèce prévue par Pothier (*Donations entre-vifs, sect.* 3, *art.* 5, § 2) : « S'il était convenu que le mari survivant

« sion. » (C. civ., art. 732.) Ce changement si important dans les successions légitimes devait influer puissamment sur les lois futures relatives aux communautés de biens. Puisque les héritiers du survivant n'avaient plus l'obligation de transmettre comme *propre héritage* à leur plus proche parent *du côté et ligne du défunt*, les immeubles conquêts de la communauté de leur auteur, la loi (art. 230 de la coutume) qui divisait ces conquêts en deux parts égales au trépas de l'un des époux, devenait une loi *superflue*.

« En second lieu, et par une conséquence nécessaire de l'abrogation des propres de succession, les lois sur la communauté pouvaient être ramenées facilement aux lois communes des successions et des indivisions sur l'effet déclaratif et rétroactif des partages. La législation tendait non-seulement à l'unité territoriale; elle allait tendre encore à l'unité des principes et à la simplification des idées. Donc, il serait désormais contraire à l'esprit nouveau d'unité et de simplicité de la législation, que, d'un côté, les partages de succession eussent un effet déclaratif et rétroactif, et que, d'un autre côté, contrairement à ces principes, l'acceptation par la femme d'une communauté entre époux fixât sur sa tête, à l'instant de la mort du mari, la moitié de chacun des immeubles et la rendit propriétaire de cette moitié. Ce seraient là deux principes différents, deux idées contradictoires qui s'entrechoqueraient.

« En troisième lieu, et au-dessus des principes du *contrat de communauté*, le Code devait établir et a établi en effet des *règles générales* pour les obligations conventionnelles (art. 1107). Or, une règle du droit moderne, dérogatoire encore à l'ancien droit, c'est que la propriété des biens s'acquiert *par l'effet des obligations* (C. civ., 711) et surtout la propriété des immeubles. Il n'est plus besoin de tradition. Sous l'ancien droit, les contrats étaient une cause, un titre d'acquisition; mais l'acquisition n'était parfaite que par la mise en possession; sous le droit nouveau, ils transfèrent le domaine de propriété immobilière; ils produisent l'acquisition.

« C'est sous l'influence de ces idées générales qu'ont été faits le titre *du Contrat de mariage* et le chapitre *de la Communauté de biens* au Code civil. »

« ne serait tenu de rendre *pour tout droit de communauté* aux « héritiers de la femme, que *ce qu'elle y a apporté.....; quoique « la communauté* se trouvât très-avantageuse, CET AVANTAGE NE « SERA PAS SUJET A LA LÉGITIME DES ENFANTS; » — et il en donne sur-le-champ la raison : — « car le mari survivant ne retient pas en « ce cas les biens de la communauté *en vertu d'aucune donation* « que la femme lui ait faite, mais parce que c'est une *clause* et « une *condition* du contrat de communauté qui a été fait entre « eux. »

28. Dans les pays de droit écrit, il semblerait que la question devait être plus simple, la communauté n'y étant ordinairement que la société d'acquêts qu'il est permis chez nous de joindre au régime dotal. La question y était cependant controversée : du moins, on y décidait constamment que la communauté d'acquêts ne pouvait être considérée comme donation à l'égard des enfants du mariage. Nous en avons le témoignage de Maynard (*liv. III, ch.* 29, *arrêt du P. de Toulouse*, 10 *janvier* 1570), de Despeisses (*t. Ier, p.* 380, *tit. des Contrats, part. Ire, tit.* 13, *section VI, n°* 35), de Henrys (*et Bretonnier, question* 58°) : ce que ces auteurs disent en cas même de secondes noces.

29. La révolution française amena des changements profonds dans les lois relatives au mariage, aux substitutions, aux successions et à la faculté de transmettre ses biens par donation et par testament. La nouvelle législation déclara ne reconnaître aucune différence dans la nature des biens ni dans leur origine pour en régler la transmission, et par conséquent effaça dans les successions le système des propres et des acquêts (*Loi du* 17 *nivôse an II*, art. 72). La faculté de donner à des étrangers fut réduite au dixième des biens, si l'on avait des enfants, et au sixième, si l'on n'avait que des collatéraux (*même loi*, art. 16). Les donations et legs faits aux héritiers devaient être rapportés pour être soumis à l'égalité des partages (art. 8 à 10). Les institutions universelles ou à titre universel furent révoquées (sauf certaines modifications), sans cependant que la loi prononçât de nullité pour l'avenir : ce qui avait naturellement l'effet de les réduire pour les étrangers au sixième ou au dixième de la somme des biens. — Quant aux époux, cette législation fut plus large. Elle avait établi le divorce; et, prenant le contrepied de l'ancien système, qui allait jusqu'à repousser toute espèce de libéralités entre époux durant le mariage autre que le don

mutuel en usufruit, elle s'est imaginé (faussement, car la fortune change, et peut changer le cœur) que les libéralités entre époux et le désir de les conserver[1] seraient cautions de la fidélité des conjoints et de la perpétuité du mariage, de sorte que, passant d'un excès à l'autre, la législation permit aux époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, de se donner, ou en usufruit, ou en toute propriété, telle portion de leur bien qu'ils jugeraient à propos, ou même LA TOTALITÉ, soit par donation de l'un d'eux, soit par donation mutuelle, soit par disposition testamentaire, non-seulement des meubles et acquêts, mais de ce qu'on appelait héritages propres avant cette loi nouvelle (art. 14); pourtant *avec ce correctif* que, si la succession du donateur passait à ses enfants, l'avantage du survivant serait réduit à la moitié des biens en usufruit, même quand il résulterait du contrat de mariage.

Remarquons que rien dans cette loi ne statue sur les communautés coutumières, et que si l'entière communauté avait été attribuée au survivant par contrat de mariage, on y aurait probablement vu une convention de mariage à l'égard des collatéraux, mais réductible à la moitié en usufruit en cas d'existence d'enfants du mariage. On se serait décidé par la faveur des enfants, si bien marquée dans la loi de nivôse.

30. Pour bien entendre maintenant le Code civil en cette partie, je commencerai par étudier le projet Jacqueminot. Le rapport en fut fait le 30 frimaire an VIII à la commission législative du Conseil des Cinq Cents (*V. Fenet, t. 1, p.* 327). Là, commence à se manifester l'esprit du Code civil : aussi la plus grande partie de ce projet s'est-elle trouvée admise dans le projet subséquent par la commission nommée par le Premier Consul quelques mois après.

Il y faut remarquer d'abord (*Fenet, p.* 399) l'article 29 : « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la *succession.* » Ensuite, qu'au titre des *Donations entre-*

[1] *Décret du* 22 *ventôse an II* sur diverses questions relatives à la loi du 17 nivôse, et portant sur les pétitions tendantes, 15° à ce qu'il soit déclaré si les avantages stipulés entre époux divorcés auront leur effet,

« Déclare qu'il n'y a lieu à délibérer *sur la quinzième question,* parce « que la seule faveur due aux mariages a fait en cette matière prévaloir un « système de libéralité qui cesse lorsqu'en rompant le contrat, les époux « redeviennent étrangers l'un à l'autre. »

vifs et à cause de mort, le projet établit une *portion disponible* graduée sur la qualité des parents, du *quart* des biens du donateur laissant enfants ou descendants; de *moitié,* s'il laisse des ascendants ou des frères, sœurs, neveux ou nièces; des *trois quarts* s'il ne laisse que des oncles, grands-oncles ou cousins germains (*art.* 16, *p.* 370). Au delà tout est disponible.

A la section VIII du même titre, sous la rubrique *des Donations entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage* (p. 392), on retrouve presque toutes les dispositions du chapitre IX des Donations au Code civil : notamment, l'article 151 a passé textuellement dans l'article 1094, qui règle la quotité disponible entre époux; et il ne s'agit bien alors que des véritables libéralités, et non des conventions matrimoniales.

31. Ce qu'il est surtout important d'examiner dans le projet Jacqueminot, c'est le titre *des Droits respectifs des époux* (Fenet, p. 432).

Certes, l'intention des auteurs du projet a été que la communauté ne pût se partager qu'après que les rapports à la masse des biens existants auront été faits par chaque époux ou ses héritiers dans les termes de nos articles 1468 et 1469, et après que chaque époux aura prélevé sur la masse des biens les objets déterminés dans l'article 1470, suivant l'ordre et de la manière prescrite par les articles 1471, 1472 et 1473, afin d'abroger l'ancien droit que les conquêts de communauté appartenaient chacun par moitié aux deux époux; et c'est pour cela que l'article 83 de ce projet et de celui de la commission de l'an VIII (*C. civ.* 1474) ont dit qu'après que tous les prélèvements des deux époux ONT ÉTÉ EXÉCUTÉS sur la masse, LE SURPLUS *se partage par moitié,* bien entendu à la charge de supporter les dettes par moitié.

Mais ces deux projets contenaient une antinomie apparente, en disant, article 83, que l'acceptation de la femme lui donnait droit à la *moitié de l'actif* de la communauté en la soumettant au payement des dettes *par moitié.*

Les articles suivants levaient l'équivoque; mais les mots *par moitié* n'en étaient pas moins une réminiscence du style coutumier. La section de législation du conseil d'État fit disparaître cette irrégularité de langage; et dès la séance du 6 vendémiaire an XII, on lisait dans son projet (*Fenet, XIII, p.* 507) : « L'actif

« se partage, et le passif est supporté de la manière suivante. » C'est aussi le langage du Code, article 1407, de sorte que ce qui se partage par moitié n'est fixé que par l'article 90 des deux premiers projets comme par l'article 1474 du Code civil, et c'est de la masse ainsi réduite que s'entend l'exéquation du partage des communautés avec le partage des successions (art. 1476).

32. C'est le même titre qui renferme notre article 1525. Dans le projet Jacqueminot, article 151, 155 dans celui de la commission du gouvernement, il est, dans l'un comme dans l'autre, sous la rubrique *des clauses par lesquelles on assigne à chacune des parts inégales dans la communauté*, et conçu dans les mêmes termes : « Il est permis aux époux d'*établir* la com-« munauté sous cette condition, que la totalité appartiendra au « survivant, *au cas où il n'y aurait pas d'enfants du mariage.*

« *Telle* stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux « règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant « à la forme, mais simple convention de mariage et entre as-« sociés. »

Le projet de la Section, article 188, *Fenet, t. XIII, p.* 518, a rectifié l'article dans les termes suivants qui n'ont appelé aucune observation dans les séances générales du Conseil d'État, et qui est devenu l'article 1525 du Code : « Il est permis aux « époux *de stipuler* que la totalité de la communauté appartien-« dra au survivant ou à l'un d'eux seulement, *sauf aux héritiers « de l'autre à faire la reprise des apports* [*et*[1] *capitaux tombés « dans la communauté du chef*] *de leur auteur. Cette* stipulation « n'est point un avantage sujet aux règles relatives aux dona-« tions, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais *simple-« ment* une convention de mariage et entre associés. »

33. Je dois encore faire une remarque. Les premiers projets espéraient vaincre législativement l'esprit de dotalité du Midi. Le projet Jacqueminot sacrifie entièrement la dotalité, il n'admet[2] que la communauté, ses modifications, ou au plus sa né-

[1] Ce qui est entre crochets [] a été ajouté sur une observation du Tribunat. (Fenet, t. XIII, p. 607.)

[2] Une note de la commission des Cinq Cents sur le titre même *Des Droits respectifs des époux* démontre sa pensée : « La communauté légale devant, « d'après le projet, devenir le droit commun de tout le territoire de la Répu-« blique, on a cru, pour l'instruction des pays dans lesquels ce droit était

gation par les clauses *sans communauté* et *séparation de biens*. Seulement, peut-être en faveur des pays de dotalité, son article 151 fait de l'attribution de la communauté au survivant une convention de mariage. — Le Conseil d'État fut plus indulgent et meilleur politique. Il comprit qu'il ne devait pas rompre les habitudes d'un tiers de la France; et pour acheminer les pays de dotalité au régime de la communauté, outre le système général de dotalité qu'il établit, le Conseil d'État crut devoir parler, pour la première fois de LA COMMUNAUTÉ *réduite aux acquêts*, et inviter par une disposition générale les époux dotaux à faire entre eux une société d'acquêts, à l'imitation de Lyon et de Bordeaux.

84. Je puis donc maintenant dire avec assurance que la pensée de la commission du Conseil des Cinq Cents avait été de faire de l'attribution de la totalité de la communauté au survivant, UNE VRAIE CONVENTION DE MARIAGE, mais à l'égard des collatéraux seulement. C'est cette commission qui avait établi le système des donations par contrat de mariage dans son titre *des Donations entre-vifs et à cause de mort;* dans son titre *des Droits respectifs des époux* elle écrit son article 151 : elle ne l'écrit donc pas là comme libéralité, mais comme convention de mariage.

A l'économie du projet, joignons-en les termes : « Telle stipu-« lation n'est point réputée un avantage sujet aux règles des do-« nations. » La loi défend de regarder cette stipulation comme un *avantage* entre époux, quoique en fait elle deviendra avantageuse au survivant, comme le devient par l'événement tout contrat aléatoire; elle ne veut y voir qu'une convention intéressée et aléatoire; elle veut qu'elle n'ait d'autre caractère que celui de simple convention de mariage et entre associés. *La convention n'est pas sujette aux formalités des donations.....*; c'est-à-dire que si la loi établit pour les donations d'autres formes que pour les contrats de mariage, par exemple, l'insinuation, la convention n'y sera pas soumise, et que si elle établit des droits fiscaux différents pour les conventions et pour les donations, la

« *jusqu'ici totalement inconnu*, devoir donner à ce titre plus d'étendue et « de développements que cela n'eût peut-être paru nécessaire si la loi avait « pu ne concerner que les pays coutumiers, où cet usage était familier (*Fe-« net, t. I*, p. 432)..... » Notons qu'aucune disposition exceptionnelle ne vient y permettre l'inaliénabilité des biens de la femme.

convention ne sera soumise qu'au droit fixe ou proportionnel établi pour les conventions de sa nature. *Elle n'est pas sujette aux règles relatives aux donations quant au fond*, c'est-à-dire que, malgré la *quotité réservée* par le titre *des Donations* du projet, art. 16 (*Fenet, p. 370 et suiv.*), de moitié aux ascendants, frères, sœurs, neveux ou nièces, et du quart aux oncles, grands-oncles ou cousins germains, cette convention ne *donnera jamais lieu au retranchement* prévu par les articles 20 et suivants du titre *des Donations*, lesquelles sont législativement d'un ordre différent que les conventions du mariage.

35. Cette rédaction du second alinéa n'est *qu'une apologie* du système de la communauté, et des moyens d'en tirer parti au profit des époux ou de l'un d'eux, écrite dans le projet Jacqueminot à l'adresse des pays de droit écrit, où les maris profitaient seuls des économies faites sur les revenus de la dot, et des acquêts qu'ils faisaient pendant le mariage. C'était inutile et exclusivement apologétique : tout était dit par l'insertion de l'article au titre *du Contrat de mariage*, par opposition à ce qui avait été compris au titre *des Donations*.

Mais la rédaction avait passé dans le projet de la commission du gouvernement, publié pour tous et envoyé aux tribunaux. La section de législation a bien fait de conserver cet alinéa inutile, parce que la suppression aurait fait naître de fausses idées sur le caractère conventionnel de la clause.

La rédaction de la première partie était encore vicieuse en ce que la convention était caduque au cas où il y aurait eu des enfants au décès du prémourant..... Ce qui était contraire au principe que la légitime n'atteint pas les conventions matrimoniales; aussi le travail de la section de législation a-t-il retranché les mots « *au cas où il n'y aurait point d'enfants;* » et on doit prendre comme axiome de droit cette maxime, qu'*aucune des conventions permises comme convention de mariage ne peut, à l'égard des enfants nés du mariage, être réputée donation, ni être sujette à la légitime.*

36. Encore quelques observations de texte. L'article 151 du projet Jacqueminot (*Droits respectifs des époux*) (ou 155 du projet du gouvernement) portait : « Il est *permis* aux époux *d'établir* la communauté *sous cette condition* que la totalité appartiendra au survivant au cas où il n'y aurait point d'enfants du « mariage. »

Cette rédaction était tolérable, parce que, comme dans la coutume de Paris, art. 220, l'article 12 de chacun de ces projets fixait le commencement de la communauté *légale* à l'instant de la célébration du mariage, sans déterminer par un autre texte l'instant où commencerait la communauté conventionnelle. A défaut de fixation législative, « rien, disait Pothier (*Communauté*, n° 278), n'empêche que les parties ne puissent la faire dépendre d'un terme ou d'une condition : convenir qu'il y aura communauté entre les conjoints, qui ne commencera qu'au bout d'un an de mariage, ou convenir qu'il y aura communauté entre les conjoints, *s'ils ont des enfants de leur mariage.* » — Mais la section de législation a placé en tête du chapitre 2 du régime en communauté l'article 1399, qui commande le texte tout entier des deux communautés : « La communauté, soit légale, « soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté « devant l'officier de l'état civil; on ne peut stipuler qu'elle « commencera à une autre époque. » Cette combinaison méthodique ne vint pourtant qu'avec la rédaction définitive du 21 nivôse an XII, sur une observation du Tribunat. » (*Fenet, t. XIII, p.* 606, *n°* 624.)

Comme c'est avant cet article 1399 et dès la première rédaction du 6 vendémiaire an XII, que la section de législation avait amendé l'art. 1525, ce n'a pu être qu'en haine des communautés à naître sous condition qu'elle a changé ces mots des premiers projets « permis *d'établir* la communauté *sous cette condition* que, » en ceux-ci : « Il est permis aux époux *de stipuler* que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement... » Ce qui a produit un double amendement, en indiquant, d'une part, qu'on peut ne faire jouir du bénéfice de la stipulation qu'un seul des époux en cas de survie, l'autre ne devant avoir qu'une moitié, en cas de prédécès du bénéficiaire, dont les héritiers auront l'autre moitié; et, d'autre part, que le survivant, bénéficiaire de la convention, aura toujours été propriétaire de la communauté, du jour de la célébration, par les effets de la convention et de la rétroactivité de la condition, exposés ci-dessus, *n°* 2, *p.* 2 *et* 3, *et n°s* 13 *à* 19, *p.* 15 *à* 19 de ce volume.

37. Qu'entendaient les deux projets Jacqueminot et de la commission du gouvernement par ces mots : « *la totalité de la communauté ?* N'entendaient-ils que les bénéfices ? Entendaient-

ils aussi les apports et les meubles échus aux deux époux ou à l'un d'eux, qui n'auraient pas usé de la clause de réalisation?

Je crois qu'ils les y comprenaient. Ma raison de décider se trouve dans ces mots : « *S'il n'y a point d'enfants du mariage.* » L'existence d'enfants était une cause de *caducité* de la convention. On voulait donc que tout ce qui composait la communauté, apports et échutes, fût compris dans ces mots « totalité de la communauté », à l'égard des collatéraux.

C'était conforme à l'apologie qu'on adressait aux pays dotaux sur la communauté coutumière. « Voyez!..... dans votre système « le mari a droit à tous les acquêts.....; il peut dans notre sys- « tème, au moyen de cette convention, avoir droit, non-seule- « ment aux conquêts de la communauté, mais même encore « aux apports de sa femme, et à toutes les échutes mobilières « qui lui seront advenues pendant le mariage. Nous n'excep- « tons que le cas d'existence d'enfants à la dissolution. Notre « système est le meilleur pour les maris....., et même pour les « femmes, qui peuvent stipuler éventuellement à leur profit. »

38. Il ne me reste plus maintenant qu'à examiner ce qu'a entendu le Code civil par ces mêmes mots : « *la totalité de la communauté,* » et quel est le sens précis de l'amendement qu'il a fait subir à l'article 1525, par cette addition : « *sauf aux « héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux « tombés dans la communauté du chef de leur auteur.* »

A mon sens, il a entendu les mots « *la totalité de la communauté* » absolument comme ils avaient été entendus par les commissions devancières; IL Y A TOUT COMPRIS. *Totalité* ne signifie pas *bénéfices*. La totalité de la communauté comprend son actif et son passif, sa masse entière, telle que la loi ordonne de la former. Comme la communauté est une société universelle de gains dans laquelle, suivant les anciens principes (ne résultassent-ils que de l'usage, ainsi qu'il a été expliqué n° 24), entrait de chaque côté une mise ou apport, *l'apport se trouve compris dans la totalité*. Dans l'actif entraient encore les biens meubles qui échéaient à chacun des époux durant le mariage, et qui augmentaient les capitaux de la communauté; donc, *dans la totalité de la communauté se trouvaient les capitaux y tombés du chef de l'époux prémourant*. La *masse entière* sur laquelle s'exerce la stipulation comprend donc apports, capitaux tombés dans la communauté, et bénéfices.

39. Mais cette convention ne laissera-t-elle aucune ressource

aux héritiers du prémourant sur les biens meubles que celui-ci avait apportés au mariage ou qui lui seraient échus depuis, et feraient ainsi partie de la *totalité* de la communauté? Telle est la question qu'a dû se poser la section de législation du Conseil d'État. — Et elle l'a résolue par cet amendement additionnel : « *sauf aux héritiers de l'autre époux à faire la re-* « *prise des apports et capitaux tombés* dans la communauté du « chef de leur auteur, » et, par conséquent, a donné aux héritiers du prémourant une action contre l'époux survivant pour exiger de lui les apports et les échutes provenant des biens propres de leur auteur.

La raison en est simple. Autrefois, on aurait procédé par exclusion en disant que « *les héritiers du prémourant seraient exclus de la communauté.* » Or la clause d'exclusion de la communauté avait cet effet, que le mari était tenu de rendre à la femme tout ce qu'il en avait reçu ou avait reçu à cause d'elle, soit lors du mariage, soit depuis (Pothier, *Communauté*, n° 463). Maintenant, on prend une forme inverse, et l'on convient dès le mariage que le survivant seul, et par le fait de sa survie, sera propriétaire de la totalité de la communauté, et en aura été propriétaire du jour de la convention. Or, cela comprend le tout, apports, échutes et bénéfices; ce qui est dur : mais pour tempérer cette dureté et faire concorder cependant sa nouvelle disposition avec le droit de propriété du survivant, le législateur ouvre une action aux héritiers du prémourant en reprise des apports et des capitaux; ce qui leur suffit pour les mettre dans la même position qu'autrefois, quand il y avait clause excluant de la communauté les héritiers du prémourant.

40. Ce que le Code a fait ici est fondé en droit et en équité.

C'est fondé en équité législative, parce que le législateur devait veiller à ce que l'effet d'une clause, qu'il indique et qui paraît n'avoir pas été en usage dans les pays coutumiers, fût assez bien déterminé pour qu'on ne pût avoir de doutes sur sa portée;

C'est fondé en droit, parce que, dans ce cas, la communauté étant une sorte d'universalité, l'époux survivant est saisi de toute la société : apports, échutes et bénéfices.

D'où il suit :

1° Que si les héritiers veulent faire la reprise des apports et échutes du chef de leur auteur, ils sont demandeurs en cette partie;

2° Que comme demandeurs, la preuve du fait et de la consistance des apports et des échutes est à leur charge;

3° Que si les héritiers étaient inconnus au survivant, celui-ci n'aurait aucune démarche à faire pour les découvrir, ni même à faire nommer un curateur à la succession vacante du prédécédé, s'il n'avait d'ailleurs des affaires qui le missent en contact nécessaire avec la succession vacante, comme un legs particulier, ou à titre universel;

4° Que si les héritiers connus ne se présentent pas à l'inventaire, quoique appelés, le survivant n'est pas tenu de faire faire la liquidation de leurs droits;

5° Qu'à cet égard ils ne sont pas des copartageants, mais seulement des créanciers, et qu'il est plus que douteux qu'ils puissent réclamer des intérêts de plein droit;

6° Que s'ils n'agissent pas, le survivant prescrit contre eux par trente ans.

41. Encore deux remarques essentielles.

1° Notre interprétation ne veut pas dire que les époux ne puissent disposer au profit de l'un d'eux de ses apports et échutes de communauté aussi bien que des bénéfices; elle se borne à dire qu'il y a deux manières de disposer entre époux: l'une par convention de mariage, qui ne permet pas dans l'espèce de faire entre futurs époux sous la communauté de biens une convention de mariage sur les apports et échutes du promettant, réglée par le titre *du Contrat de mariage*, art. 1525; l'autre, par donation de biens présents ou de biens à venir, qui peut porter sur ces apports et échutes comme sur tous les biens propres, réglée par les articles 1091 et 1094, au titre *des Donations*.

2° Il faut bien remarquer (comme l'indique au surplus la suppression des mots dans l'article des deux premiers projets correspondant à l'article 1525, « *s'il n'y a point enfants du mariage* ») que quand les époux ont stipulé la totalité de la communauté pour le survivant d'eux, les héritiers qui ont le droit de faire la reprise sont aussi bien les collatéraux que les enfants, tandis que l'attribution des apports et échutes au survivant étant par elle-même une donation de biens présents et de biens à venir, ne peut jamais être critiquée par les collatéraux, et devient soumise à la supputation de la quotité disponible et au retranchement pour la réserve, soit des enfants, soit des ascendants.

42. Je demande pardon au lecteur de l'avoir aussi péniblement conduit à travers les époques diverses de la formation de la loi et les difficultés de signification des termes : maintenant je dois, pour être clair dans ce qui me reste à dire, rappeler le point auquel j'ai laissé les questions précédentes. Il me semble avoir démontré pleinement que la seule convention *des bénéfices* au profit de l'autre époux n'était qu'une pure convention.

J'ai dit plus, *n*os 13 *à* 17, *p.* 15 de ce volume : j'ai, je crois, démontré que, dans ce genre de stipulation, les termes *donatifs* étaient illusoires et vides de sens; en d'autres termes, que les *simples bénéfices futurs* sur lesquels les associés contractent au jour de la formation de la société, peuvent bien être l'objet d'une stipulation conventionnelle, mais ne peuvent pas être LA MATIÈRE d'une donation dans le contrat de mariage, parce qu'alors les bénéfices futurs ne sont ni biens présents ni biens futurs pour le prémourant.

C'est parce que cette stipulation ne peut être matière à donation dans le contrat de mariage, et parce que la loi la déclare *convention entre associés*, que les réservataires ne peuvent en demander ni retranchement ni supputation pour leur légitime.

C'est par la même raison, que la régie ne peut demander aux parties un droit de mutation, malgré le mot *donation* malencontreusement employé par un rédacteur ignorant : il n'en est pas ici comme d'une *vente* d'immeuble mal à propos qualifiée *donation entre-vifs* : car des immeubles présents peuvent être aussi bien matière à donation qu'à vente : et dans le sujet de cet examen, la loi lève tout doute par le mot *stipuler*.

S'il en est ainsi de l'attribution des bénéfices de communauté, que doit-on décider quand la clause du contrat de mariage attribue à la fois, dans la même phrase, au survivant non-seulement les bénéfices de communauté, mais encore tout ou partie des apports ou reprises du prémourant et même tout ou partie de ses propres?

43. Je commencerai par la stipulation complexe en termes conventionnels tant des bénéfices de communauté que des propres du prémourant, et je suppose qu'on ait pris la forme suivante : « Les futurs époux stipulent l'un de l'autre, à titre de « convention de mariage, qu'au survivant d'eux appartiendront « tous les bénéfices de la communauté et tous les propres du « prémourant. »

Quoiqu'il n'y ait qu'une phrase, il y a deux dispositions :

1° l'une sur les bénéfices de la communauté, qui ne peuvent donner lieu qu'à une convention de mariage, puisqu'en vertu du contrat, ils n'auront jamais été la propriété du prémourant, ni comme biens présents ni comme biens à venir; 2° l'autre, sur les propres du prémourant frappé par l'événement d'exclusion de la communauté, et ces propres consistent justement au temps même du mariage en biens présents ou en biens à venir faisant l'objet des donations entre époux aux termes des articles 1091 et 1094. Les deux dispositions ayant deux objets différents doivent être entendues chacune *secundum subjectam materiam*, et par conséquent, on ne doit pas plus profiter d'une sobriété de rédaction pour refuser au fisc les droits qui lui sont dus sur une vraie donation de biens propres au donateur, que le fisc ne doit profiter d'une rédaction vicieuse en sens contraire. *Cuique suum.*

Ainsi, sous une forme abrégée, il y a double agissement dont chaque partie doit suivre les lois de sa nature. La stipulation, en tant qu'elle concernera les bénéfices de communauté, ne sera en rien soumise aux réserves légales ni aux droits de mutation par décès; mais en tant qu'elle concernera les propres, quoique véritablement stipulation (puisque cette forme peut être commune aux conventions à titre intéressé et aux conventions à titre gratuit (n° 14, *p.* 15), elle sera la vraie donation de biens présents ou à venir, et soumise en cette partie aux lois de la légitime et aux droits de mutation.

44. Supposons maintenant cette formule complexe en termes donatifs : « Les futurs époux déclarent chacun réciproquement « *faire donation* au survivant d'eux, qui l'accepte, de tous les « bénéfices de la communauté et de l'usufruit des propres du « prémourant d'entre eux; » la solution devra être absolument la même. Le mot *donation* aura été abusif en ce qui concernera les bénéfices de communauté. Puisque l'effet du contrat n'est en ce point qu'une *exclusion* de communauté pour le survivant, et puisqu'il est impossible, d'après la théorie générale des conventions et des conditions, que le prémourant ait été pendant sa vie propriétaire un seul instant des gains de communauté, qui, au temps du contrat de mariage, n'étaient ni ne pouvaient être *in rerum naturâ*, il faut nécessairement en conclure qu'en cette partie du contrat le terme *donation* est abusif, malencontreux, contradictoire au fait juridique, vide de sens et illusoire, comme je l'ai démontré *p.* 15 *à* 19; et par conséquent, il faut

appliquer à ce cas les articles 1155 et 1158, parce que les bénéfices à naître d'une société non commencée, quoique susceptible d'être *matière* à convention aléatoire, NE PEUVENT PAS être la *matière* d'une donation.

Donc, il y a double agissement comme dans l'espèce du n° 43. Le mot *donation* conservera toute sa force sur le don de l'usufruit des propres. La seconde partie de l'acte sera soumise à la réserve et au droit de mutation, tandis que la première partie en demeurera exempte par sa propre nature et malgré l'impropriété des termes.

45. Par suite des mêmes principes, si la stipulation portait qu'au survivant appartiendraient non-seulement les bénéfices de communauté, mais encore les apports du prédécédé — ou les capitaux tombés de son chef dans la communauté, — ou les apports et capitaux provenant de lui pendant le mariage, — il y aurait deux agissements distincts, quoique en une seule phrase et sous la même couleur conventionnelle.

En effet, puisque la stipulation de la totalité de la communauté permise par l'article 1525, donne formellement aux héritiers du prédécédé le droit de faire reprise de ces apports et capitaux ; puisqu'elle est équivalente à une exclusion totale de communauté pour le prémourant, et puisqu'il devient équitable, s'il ne veut pas aller plus loin, que le prémourant fasse retirer par ses héritiers les apports et capitaux tombés de son chef dans la communauté, il est certain que quand cet époux a attribué à l'autre par contrat de mariage, non-seulement les bénéfices, mais encore les apports et capitaux, il a été au delà de la stipulation que la loi lui permettait de faire comme convention de mariage, et que s'il fait aussi porter sa promesse sur ces apports et capitaux, il fait sous une forme conventionnelle une véritable donation, non pas des bénéfices qu'il lui était permis d'attribuer conventionnellement, mais desdits apports ou capitaux, qui, provenant de son patrimoine personnel, doivent être soumis à la légitime des héritiers et au droit de mutation.

46. De la formule en termes *conventionnels*, il faut passer à la formule en termes *donatifs* sur les deux objets différents : « Les futurs époux font chacun *donation* au survivant d'eux, « tant des bénéfices de communauté que des apports et capitaux « que le prémourant aura versés dans la communauté. »

La résolution doit être absolument la même : le mot *donation* sera insignifiant sur la première partie (les bénéfices de com-

munauté), *qui ne sont pas matière à donation*, puisque l'événement prouve qu'ils n'auront jamais dans aucun temps appartenu au prédécédé ; et le mot *donation* sera le mot propre pour la seconde branche de l'acte (apports et capitaux échus), puisque l'événement amenant en réalité une exclusion de communauté pour le prémourant, ses apports et capitaux lui redeviennent propres, et ne peuvent plus avoir été au jour du contrat de mariage, à l'égard de l'autre époux, que biens présents quant aux mises ou apports, ou que biens à venir quant aux capitaux mobiliers échus au cours du mariage, et par conséquent n'avoir été que matière à donation entre époux (1091 et 1094).

47. Jusqu'à présent (comme en traitant les *Questions I, II et III*), je n'ai examiné que les cas relatifs à la stipulation en termes *conventionnels* ou *donatifs* du tout ou partie *des bénéfices de communauté*.

Maintenant, qu'on suppose dans le contrat de mariage la formule abstraite : « Le prémourant fait donation au survivant de TOUS LES BIENS *de la communauté*..... Faudra-t-il y sous entendre les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef du prédécédé ?

On m'accordera, sans doute, qu'il y a deux cas dans lesquels la donation de *tous les biens de la communauté* ne peut comprendre ni les apports ni les capitaux du prédécédé tombés dans la communauté au cours du mariage : C'est celui d'*une société d'acquêts* et celui d'une *communauté réduite aux acquêts*, puisque ces deux modes de communauté conventionnelle ne se composent que des fruits et labeurs communs à naître ou à exercer postérieurement au contrat de mariage, et que ces deux sortes de société ne comportent ni *apports ni capitaux futurs* à tomber dans la communauté. — Ainsi n'entrent dans ces communautés ni apports ni échutes de la part du prédécédé. Donc, elles ne produisent pas deux agissements; si l'on s'est servi mal à propos du mot *donation*, il doit être effacé comme terme hasardeux qui ne peint pas la pensée des parties, qui est contraire à la nature de la stipulation ; qui ne suppose pas du tout que les époux aient voulu que les héritiers du prémourant pussent y avoir un droit de réserve ou autre, ni que l'enregistrement eût des droits de mutation à percevoir sur des biens qui n'ont jamais appartenu à aucun titre au prémourant.

48. Mais s'il s'agit d'une communauté dans laquelle soient tombés les biens mobiliers de chaque époux acquis avant le

mariage, ou des échutes mobilières au cours du mariage, ou même les biens mobiliers présents au temps du mariage et les biens mobiliers à venir pendant sa durée, et qu'au contrat on ait parlé ainsi : « *Le prémourant des futurs époux fait donation au survivant, ce qui est accepté par lui,* DE TOUS LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ, » la rédaction pourra produire une équivoque, et faire naître cette pensée chez le juge, que le mot DONATION a été employé parce que l'intention des parties ne se bornait pas *aux simples bénéfices* ayant produit des acquêts, mais s'étendait en outre aux apports et aux échutes du prémourant, en vue desquels a été écrite l'expression donative. — Cette présomption de la part du juge peut s'augmenter par quelques autres expressions, comme « *de tous les biens qui proviendront de ladite communauté, — de tous les biens meubles et immeubles qui dépendront de la communauté de biens qui aura existé entre eux.* »

Mais, en admettant cette possibilité d'interprétation, il n'en faudra pas moins reconnaître qu'il y a double agissement ; que, puisque les contrats de mariage sont aptes à recevoir conventions intéressées et donations, et que les bénéfices de communauté n'ont jamais appartenu au prémourant, qui conséquemment n'a pu les transmettre par son décès, ils ne sont ni passibles du droit de mutation, ni sujets à la légitime des enfants.

49. Dans les mots *donation de la totalité de la communauté,* quoique les notaires doivent éviter cette inexactitude de langage, je ne verrai pourtant pas le même danger, parce que la loi, sans s'inquiéter de la forme que le rédacteur donnerait *à la stipulation,* laisse aux héritiers du prémourant le droit de faire reprise des apports et capitaux, ainsi que je crois l'avoir établi ci-dessus, nos 13 à 17, de la page 15 à la page 19.

50. On ne saurait trop inviter les notaires à distinguer les deux agissements différents par deux dispositions distinctes, et par des termes spéciaux aux conventions pour le règlement des bénéfices de communauté, et spéciaux aux libéralités, quant aux apports et capitaux. Mais de ces minuties de rédaction que la loi n'ordonne pas, ne doivent pourtant pas dépendre ni les effets d'un acte à l'égard des héritiers ni les droits d'enregistrement, quand par le fait, les bénéfices de communauté n'existaient pas au temps du mariage, et quand, par l'événement du prédécès, il est légalement établi que le prémourant n'a jamais eu en droit civil un atome de propriété sur les béné-

ces appartenant au survivant par le contrat de mariage!

C'est effectivement dans des contrats de mariage où se rencontraient les mots : « *Donation de tous les biens qui provien-* « *dront de ladite communauté.* — *Donation de tous les biens* « *meubles et immeubles qui dépendront de la communauté de* « *biens qui aura existé entre eux,* » qu'ont été rendus les arrêts contre la dame veuve de Saint-Pol et la dame veuve Desbordes-Cazin, rappelés ci-dessus *n°* 10, *p.* 11, *et n°* 11, *p.* 12; 24 *décembre* 1850, 21 *mars* 1860. Nous devons croire que, dans aucune de ces deux affaires, il ne s'agissait d'une pure société d'acquêts, ni d'une communauté réduite aux acquêts, et que la communauté renfermait, outre les conquêts, des apports ou des échutes personnelles au prémourant; nous devons penser aussi que, dans ce dernier cas, les redevables n'ont pas proposé la distinction entre les deux agissements pour la différence d'objets. Les recueils sont muets sur tout cela.

Aussi à la doctrine de ces deux arrêts, qui semblent nous ramener aux formules et punir les parties d'un terme inexactement employé par le notaire, qu'il me soit permis de préférer celle de la Cour de Douai, dans son arrêt *du* 9 *mai* 1849, entre la veuve Carpentier et les héritiers de son mari. (Il est dans les trois recueils.)

Le contrat de mariage portait « que le survivant *serait héritier* du mobilier universel et de toutes choses et actions réputées mobilières de leur communauté, de même que de tous conquêts immeubles... » Certes, la forme était une forme donative, puisqu'elle affectait la forme d'institution contractuelle.

Les héritiers collatéraux réclamaient la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de feu Carpentier. La veuve s'y refusait : elle avait été constituée en outre usufruitière des *biens immeubles* propres à son mari, et s'appuyait sur cette donation pour faire décider que la première convention devait être interprétée en sa faveur. — La Cour jugea que la donation de l'usufruit des immeubles propres ne devait en rien influer sur l'interprétation de la clause attributive de la totalité de la communauté, et que la veuve ne pouvait refuser cette reprise aux héritiers. Voici le texte de l'arrêt :

« Attendu, en droit, que, d'après l'article 1520 du Code civil, les époux peuvent déroger de trois manières au partage établi par la loi : en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers dans la communauté qu'une part moindre que la moitié; en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout

droit de communauté; enfin en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appartiendra à l'époux survivant ou à l'un d'eux seulement; — Que les articles suivants sont destinés à régler les effets de ces différentes clauses; — Qu'en ce qui touche notamment la troisième, le premier alinéa de l'article 1525 dispose qu'il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur; — Et que, par un second alinéa, le même article ajoute que cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés; — Attendu que du texte de cet article 1525, il résulte pour les héritiers de l'époux prédécédé un droit de reprise *qui n'a pas besoin de leur être réservé par le contrat de mariage*; — Que ce droit est la conséquence implicite de la clause qui, par dérogation au principe de l'égalité du partage, attribue au survivant la totalité de la communauté mobilière et immobilière; — Que c'est ce qui résulte clairement du rapport du tribun Duveyrier, suivant lequel « la communauté entière, gratuitement dévolue au survivant « ou à l'un des époux seulement, donne droit aux héritiers de l'autre de « reprendre ce que leur auteur y avait apporté; » — Qu'on objecte que cet article n'a pas eu pour objet d'accorder aux héritiers cette reprise de plein droit, mais seulement de décider que, quand elle a été formellement stipulée, l'attribution à l'époux survivant de toute la communauté n'est pas considérée comme un avantage sujet aux règles des donations; — Mais que si telle eût été la pensée du législateur, il n'eût pas réglé par deux dispositions distinctes la conséquence unique qu'il eût voulu attacher à l'attribution de la communauté tout entière au survivant; — Qu'on objecte encore que n'autoriser cette attribution que sauf le droit de reprise, c'est restreindre la faculté qu'ont les époux de s'avantager par contrat de mariage; — Mais que tel n'est pas le sens de l'article 1525; qu'il a pour but de déterminer les effets de la clause par laquelle, dérogeant au partage égal établi par la loi, les époux stipulent que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement; — Que le législateur a vu dans cette clause *exorbitante du droit commun* une attribution au survivant des bénéfices résultant de la collaboration des époux, ainsi que des économies faites sur leurs revenus respectifs, et, par suite, une simple convention de mariage et entre associés, mais non la donation des apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de l'époux prédécédé; — Que, si les époux veulent attribuer au survivant la propriété desdits apports et capitaux, ils le peuvent, ainsi que l'article 1527 le leur rappelle, mais qu'ils doivent exprimer formellement leur intention à cet égard. »

Cet arrêt est un abrégé méthodique de la doctrine que j'ai exposée dans cet examen.

Peu importent les termes *gratuits* ou *intéressés*. Tant qu'on ne fait qu'attribuer au survivant les bénéfices de communauté, on ne fait rien autre chose qu'une convention sur des biens qui n'appartenaient alors à personne, puisqu'ils n'existaient pas, et qu'ils n'appartenaient pas encore et ne devaient jamais appar-

tenir au prédécédé, puisqu'il a *sous condition* renoncé à en devenir propriétaire avant même que la communauté commençât à fonctionner.

Puisqu'on ne peut donner ce à quoi l'on renonce pour le cas de survie du cocontractant et qu'on n'aura jamais possédé ces choses en propre ; advenant la condition, ces choses n'ont jamais pu être *la matière d'une donation*.

Donc, les termes *donatifs* qui ne portent pas expressément *sur les apports et capitaux* n'ont pas plus de force que les termes *stipulatifs*, et, par une conséquence ultérieure, laissent aux héritiers le droit de faire la reprise de ces *apports et capitaux*, l'article 1525 déclarant QUE CE DROIT EST SAUF.

Non que les futurs époux ne puissent les *donner* au survivant : mais ils excéderaient en cela l'article 1525, parce qu'il limite l'effet de la convention, parce qu'à l'égard des enfants et autres réservataires les apports et capitaux futurs sont biens propres, et qu'ainsi la disposition d'iceux, en quelques termes qu'on la fasse, serait une donation régie quant aux réserves par les articles 1091 et 1094.

Donc, la disposition complexe contiendrait deux agissements de nature différente, et ces deux agissements devraient être régis chacun par les lois de sa nature.

Admettant donc le cas de donation de *tous les biens de la communauté* sans distinction, il faut alors décider que les bénéfices n'ont jamais appartenu au prémourant, puisqu'ils ne pouvaient être que matière à convention, et non matière à donation au temps du contrat ; mais que les apports et capitaux étant propres du défunt par leur nature, leur compréhension dans la clause a fait de cette partie de la clause, mais de cette partie seulement, une donation entre époux ;

En un mot, que toutes les fois que le contrat de mariage dispose des *gains de communauté*, il n'est et ne peut être que *conventionnel*, jamais libéralité ;

Mais que si les héritiers du prémourant sont exclus de la communauté par la clause de l'article 1525, le législateur veut qu'ils retirent la mise de leur auteur ;

A moins qu'il n'y ait donation de ces reprises, même quand le prémourant aurait fait cette donation sous une forme conventionnelle ;

Et qu'ainsi, il peut y avoir dans une même phrase deux agis-

sements distincts, qui seront gouvernés chacun par sa loi spéciale.

Réflexion générale et transitoire. — Ce qui trouble l'esprit, c'est l'idée d'*avantage* pour le survivant, parce qu'en droit, le mot *avantage* exprime le plus souvent toutes les libéralités, toutes les donations directes ou indirectes, patentes ou déguisées, licites ou illicites, faites d'un époux à l'autre, d'un parent à l'un de ses héritiers, d'un donateur à un incapable de recevoir.

Mais le mot *avantage* n'en a pas moins, même en législation, un sens restreint, comme un sens étendu.

Dans le sens étendu, il signifie « tout ce qui est *utile, profitable, favorable* à quelqu'un. Il comprend donc non-seulement l'utilité et le profit d'une convention, mais encore *la faveur* dont jouit celui auquel on donne gratuitement. — Dans le sens restreint, il ne comprend que toutes les libéralités permises ou défendues, et dans un sens plus restreint encore les libéralités dont on est obligé de faire compte à ses copartageants.

Or, comme les conventions sont faites pour l'utilité et le profit des parties et par conséquent pour leur *avantage;* que dans les contrats commutatifs eux-mêmes, on ne requiert pas une justesse mathématique dans l'équivalent, mais seulement *ce qui est regardé par la partie* comme l'équivalent de ce qu'on fait pour elle (*art.* 1104), et que cet équivalent peut se trouver dans un événement incertain (*même article*); que les conventions sont le résultat d'un débat entre les parties pour fixer entre elles l'*avantage* que l'une d'elles en retirera, l'idée d'*avantage* ne doit en rien troubler l'interprète, quand la loi a classé elle-même le pacte ou stipulation au nombre des conventions. — Quand le législateur dit : « ce n'est point un *avantage,* » il dit nettement : ce n'est ni libéralité ni donation, et par conséquent c'est une convention qui, procurât-elle un bénéfice énorme, un large avantage, ne produit qu'un *avantage conventionnel*, et doit être regardé comme la loi des parties, si aucune loi n'y fait exception.

Cette réflexion générale n'est pas sans utilité pour la question suivante. COIN-DELISLE.

(*La suite à la page* 289 *de ce volume.*)

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite* [1].)

CHAPITRE VIII.

De la récusation.

I. Comparaison de ce titre avec l'ancienne ordonnance. Juge *domestique* du justiciable, explication. — II. Presents reçus par le juge; concussion, forfaiture, agression, menaces, injures de la part du juge; leur invraisemblance. — III. Inconvénients de la récusation admise ou rejetée. — IV. Moyen de les éviter par l'abstention volontaire. — V. Exemples de récusation et d'autres poursuites contre d'honorables magistrats : *Mathieu Molé;* incidents racontés par son descendant, le comte Molé. — VI. Procès de *Beaumarchais* contre *Goezman*, détails. — VII. Le premier président *Séguier* et plusieurs de se collègues. — VIII. La chambre correctionnelle de la Cour de Paris récusée par l'abbé P., dénonciateur de l'archevêque. — IX. Récusation contre quatre conseillers de la Cour de cassation. — X. Amende contre le téméraire récusant; questions.— XI. Autorisation de *solliciter les procès*. On ne sollicite plus. — XII. Les causes de récusation sont-elles *limitatives* ou *démonstratives?* — XIII. Pourquoi plus restreintes contre les juges de paix? — XIV. Arrêt récent qui exige l'observation des formalités à défaut desquelles la récusation est recevable. Examen critique de cet arrêt. — XV. *Quid* de l'opinion prématurément émise par le juge? — XVI. S'il est actionnaire d'une compagnie, peut-il siéger dans ses procès? — Le notaire et l'huissier, actionnaires aussi, peuvent-ils valablement instrumenter pour elle?

I. Ce titre, comme ceux que nous venons de parcourir, renferme aussi beaucoup de choses *d'un autre temps*, non pas seulement de 1806, époque de sa promulgation, mais de 1667, date de l'ordonnance sur laquelle il fut copié presque littéralement.

Et cependant que de changements dans les mœurs, les usages, les conditions sociales depuis ces deux siècles!

Aux exemples déjà cités dans les précédents chapitres, qu'on nous permette d'en ajouter de suite un autre pris dans le sujet actuel.

D'après l'article 10, titre 24 de l'ordonnance de 1667, le juge pouvait être récusé « *s'il était maître ou domestique de l'une des parties.* » Le juge domestique du justiciable! Qu'est-ce à dire? Y a-t-il là une faute d'impression?

[1] V. t. X, p. 436 et 516; t. XI, p. 265; t. XII, p. 315; t. XIII, p. 253 et 345; t. XIV, p. 217; t. XVII, 1re livraison; t. XVIII, 5e livraison.

Nullement. Le mot est bien dans le texte; il y fut écrit avec intention, avec réflexion. Il a été expliqué, justifié par tous les commentateurs de l'ordonnance.

C'est qu'il y avait réellement à cette époque des *présidiaux*, des *bailliages*, des *châtellenies*, etc., dont les juges étaient nommés par les seigneurs haut justiciers, et ces juges, qui composaient la *basse justice*, autre expression malheureuse du temps, continuaient à faire partie de la maison du seigneur dans laquelle on les prenait ordinairement. C'étaient les familiers, les anciens secrétaires, précepteurs, etc. Ils formaient l'intérieur, le manoir, la maison, *domus*, d'où était venu le mot *domesticité*, qui n'avait pas alors le sens restreint qu'on lui donne aujourd'hui.

Malgré cette explication, le texte n'en paraît pas moins étrange, et il semblait facile de le rédiger autrement en conservant sa pensée.

Ni la pensée ni le texte n'ont passé, comme de juste, dans le Code de 1806; mais s'il nous a fait grâce de cette disposition impossible, il en reproduit d'autres qui ne semblaient pas plus nécessaires.

II. Ainsi il a répété, avec l'ordonnance, que le juge pouvait être récusé *s'il a reçu des présents de l'une des parties* (art. 378, n° 8).

Pendant le procès, sans doute, et en vue du procès.

Mais nous tombons alors en plein Code pénal : nous voilà dans la concussion, dans la forfaiture, dans la dégradation civique, dans les peines afflictives et infamantes (art. 187 et suiv. du Code pénal).

Le dernier alinéa de l'article 378, copié toujours sur l'ancienne ordonnance, dit encore que le juge peut être récusé s'il y a inimitié capitale entre lui et l'une des parties; *s'il y a eu de sa part agression, injure, menaces verbales ou par écrit depuis l'instance.*

Encore le Code pénal et autres lois répressives (art. 183 et 305, et loi du 17 mai 1819).

Le juge coupable d'*agression*, d'*injure* ou de *menaces* envers le justiciable! C'est pire que la supposition de domesticité.

Pourquoi n'a-t-on pas aussi prévu le cas où le juge volerait la montre du justiciable qui va lui rendre visite?

En vérité, toutes ces hypothèses complaisamment répétées dans plusieurs textes sont d'autant plus pénibles à lire que leur complète inutilité est depuis longtemps reconnue.

Et en effet, à part quelques rares exemples qui se perdent dans la nuit des temps et qui semblent appartenir moins à l'histoire qu'à la légende, il ne s'est pas rencontré en France, dans ces derniers siècles, un juge qui aurait commis ce crime exécrable, et justement puni de mort d'avoir *vendu la justice*.

Ce mot seul est difficile à prononcer : il est hors de propos et de saison; il n'a pu être écrit que sous l'impression des souvenirs révolutionnaires tout vivants encore en 1806, ou de ceux un peu plus anciens qui se rattachaient à l'abus des épices. Une telle prévision n'est plus aujourd'hui qu'un malheureux anachronisme.

Nous comprenons très-bien qu'on donne des garanties à tous les citoyens, qu'on tienne compte des susceptibilités et des défiances d'un plaideur déjà surexcité par le procès, et qu'on fasse la part de la fragilité humaine, même dans la personne des magistrats; nous comprenons encore que dans un pays où il n'y a ni crime ni délit que ceux prévus et punis par la loi on ait supposé théoriquement les choses les plus improbables. Nos lois prévoient bien le cas où un soldat français fuirait devant l'ennemi; elles punissent bien le *parricide*, que *Solon* avait oublié à dessein comme impossible.

Eh bien! ils sont plus *impossibles* encore, et le mot reprend ici toute sa vérité, ces crimes, ces délits, ces hontes de la magistrature. Ce n'est pas seulement l'expérience que nous invoquons, mais les intimités du cœur humain, mais la conscience publique.

On accuse quelquefois la loi d'*imprévoyance*. Nous aurions mieux aimé lui adresser ici ce reproche que de lui voir rechercher avec un soin puéril et minutieux des faits purement imaginaires.

Remarquez, en effet, avec quelle sorte de complaisance ou, si l'on veut, avec quelle humilité généreuse la loi se préoccupe des fautes possibles de ses ministres. Elle organise contre eux trois genres de poursuites bien distinctes : la récusation, la prise à partie, l'action criminelle, sans compter encore les mesures disciplinaires.

Mais toutes ces actions, nées souvent des mêmes faits, seront-

elles exercées cumulativement ou successivement? Comment régler ce luxe de précautions?

Acceptons, puisqu'il le faut, la triste hypothèse de la loi. Supposons l'impossible.

Un magistrat est coupable de concussion; il a agréé non-seulement des offres et promesses, mais il a reçu des présents de l'une des parties.

Par où allez-vous commencer?

Par la récusation? Mais si elle révèle le fait criminel, une poursuite plus sérieuse et plus directe va commencer, aux termes des articles 483 et suivants du Code d'instruction criminelle; elle va absorber l'autre.

Et s'il y a mandat d'arrêt, de dépôt, de prise de corps, le juge cesse ses fonctions (art. 58 de la loi du 20 avril 1810).

Alors c'est la société entière qui le récuse; il ne s'agira plus de l'écarter d'une affaire spéciale; il sera éloigné de toutes; il sera suspect à tous; il ne siégera plus jusqu'à la fin de son procès personnel. Jamais, s'il est condamné (art. 59 de la même loi et art. 2 du décret du 1er mars 1852).

Que signifie dans ce cas et pour ce fait la procédure de récusation?

Les Codes étrangers ne s'y sont pas mépris : ils ont soigneusement évité cette espèce de vain prélude, de superfétation, de double emploi. Ils n'ont pas autorisé la récusation pour ce cas réglé et dominé par d'autres dispositions qui ne laissent pas de place aux premières.

Nous venons de relire le Code sarde, copié en grande partie sur le nôtre, et qui lui-même nous est revenu en ce qui concerne la Savoie.

L'article 442 de ce Code énumère avec soin les causes de récusation; mais il s'est bien gardé d'y comprendre les *présents reçus*, parce qu'ils entraient dans un ordre d'idées qu'il ne fallait pas confondre avec la récusation.

III. Au reste, ce remède, moins violent que les autres, n'est guère employé lui-même que dans les cas désespérés; il est souvent pire que le mal.

Nous n'irons pas jusqu'à dire, avec quelques auteurs, que la récusation est un moyen *odieux*; mais c'est assurément un accident très-regrettable dans l'administration de la justice.

Il amène toujours le bruit et le scandale ; ceci est sans doute une première satisfaction pour le plaideur passionné, la seule qu'il cherche peut-être.

Mais elle n'est point partagée par la justice : elle souffre, au contraire, de cet éclat, de ce conflit personnel, de cette espèce de duel judiciaire offert au magistrat pour le faire descendre de son siége, alors qu'il croyait pouvoir y rester.

Ici s'ouvrent d'affligeants débats où les plus mauvaises passions peuvent se donner carrière ; il faut un instant en détourner nos regards pour ne voir que la suite, le résultat d'une lutte semblable.

Si le magistrat succombe, s'il est condamné à s'abstenir malgré lui, comme suspect de partialité, cette décision de ses collègues n'est-elle pas de nature à diminuer sa considération personnelle, et peut-être celle de la compagnie dont il fait partie, et dont la bonne entente sera certainement compromise, au grand dommage de la justice ?

Si, au contraire, la récusation est rejetée, cas le plus fréquent, si le juge suspect au plaideur siége malgré lui, n'y a-t-il pas là encore cet inconvénient grave de donner quelque apparence de fondement aux plaintes, si injustes qu'elles soient, du plaideur deux fois déçu, qui ne manquera jamais, croyez-le bien, d'attribuer la perte de son procès au juge qui tout à l'heure était son adversaire personnel?

Dans l'une et l'autre hypothèse, les bonnes conditions de l'administration de la justice sont altérées, compromises, perdues. La première de ces conditions, c'est d'inspirer à tous respect et confiance ; c'est le secret de notre force.

Et ceci nous paraît vrai non-seulement dans les cas rares où les récusations seraient fondées sur un motif injurieux au magistrat, mais aussi dans les cas plus fréquents où elles seraient formées pour les autres causes de l'article 378, telles que l'intérêt personnel du juge ou de sa famille, les parentés ou alliances avec l'une des parties, l'opinion prématurément émise, etc.

Bien que le terrain soit moins brûlant, il peut le devenir bien vite par l'expression d'une défiance vraie ou feinte, d'une part, et de l'autre par le soin de repousser un soupçon qui revêt souvent le caractère d'une offense.

IV. Ces considérations, si graves qu'elles apparaissent, le seraient bien davantage si dans ce titre même de la *récusation* il n'y avait un article qui, loyalement exécuté, peut rendre tous les autres inutiles.

Nous voulons parler de l'article 380, ainsi conçu :

« Tout juge qui sçaura cause de récusation en sa personne est « tenu de la déclarer à la chambre, qui décidera s'il doit s'abs« tenir. »

Voilà, selon nous, la vraie théorie des récusations, la solution de toutes les difficultés qu'elle peut faire naître ou, pour mieux dire, le moyen assuré de les prévenir.

Et ceci n'est pas une vaine espérance : la pratique l'a déjà complétement réalisée.

Sait-on le seul danger qu'elle ait révélé? C'est d'être trop largement, trop scrupuleusement suivie.

Quelque nombreuses que soient les causes de récusation écrites dans la loi, elles ne suffisent pas à la conscience du magistrat. Il les dépasse, il les élargit, il en crée de nouvelles, d'inaperçues, de lointaines, d'insignifiantes; il lui suffit de craindre ou de soupçonner de ne pouvoir conserver sa complète indépendance soit à ses yeux, soit même aux yeux des autres, pour qu'il s'empresse de s'abstenir.

Nous en appelons à l'expérience de tous les jours, aux souvenirs et aux habitudes des magistrats de tous les degrés; n'est-il pas vrai que le seul reproche qu'ils méritent c'est de céder trop aisément en ce point aux généreuses timidités de leur conscience, et d'être trop ingénieux à se créer des motifs d'abstention; car, enfin, quand un plaideur obstiné, audacieux, se fait de la menace de récusation un moyen, une manœuvre, une arme déloyale pour intimider le juge ou la justice, parce qu'il les craint lui-même, la justice et le juge ne doivent-ils pas résister dignement et invoquer le droit qui est fait aussi pour eux?

V. Ce doit être sans doute, nous l'avons déjà dit, une pénible et douloureuse épreuve.

On sait combien elle affligea le plus grand magistrat dont la France s'honore.

Malgré l'inébranlable fermeté de son caractère, *Mathieu Molé* ne put cacher son émotion en se voyant récuser un jour. L'idée

qu'on pouvait douter de son indépendance et de sa droiture, même dans les temps de trouble, arracha des larmes de ses yeux, de ces yeux dont le regard calme et assuré fit plus d'une fois reculer l'émeute et trembler les assassins.

Parmi les historiens du grand homme, on compte avec bonheur un de ses plus dignes descendants, M. le *comte Molé*, ancien ministre du roi Louis-Philippe.

Il nous raconte lui-même les incidents de cette récusation plus politique que judiciaire. Elle fut rejetée par 98 voix contre 62. Quand le premier président reprit son siége le lendemain, un maladroit personnage, comme il s'en trouve quelquefois dans les assemblées, s'écria « qu'il s'étonnait qu'un homme « pour l'exclusion duquel il y avait eu 62 voix osât ainsi violer « les formes de la justice à la vue du soleil. » A ces mots, ajoute l'illustre historien de famille, Molé saisissant sa barbe (geste qui lui était familier quand il était vivement ému), se leva en déclarant *qu'il laissait la place à celui qu'on en croirait le plus digne*.

On devine que nul n'osa la prendre, pas même l'imprudent interrupteur de la veille, qui, le soir même, alla présenter des excuses à son premier président, qui voulut bien les agréer [1].

VI. Une autre récusation moins célèbre et surtout moins sérieuse vint égayer nos pères à la fin du siècle dernier.

Nous voulons parler de celle qu'essaya *Beaumarchais* contre plusieurs magistrats du parlement *Maupeou*, à l'occasion de son fameux procès contre *Goëzman*, l'un des membres de cette compagnie.

On sait que Beaumarchais était accusé d'avoir tenté de corrompre ce magistrat à prix d'argent.

Il était rapporteur dans l'affaire qu'il soutenait contre *Paris-Duvernai*, son ancien *associé*; car Beaumarchais, devançant les

[1] On lit avec un double intérêt cette notice biographique insérée au tome III du Plutarque français. L'auteur est presque tenté de s'excuser de son œuvre. « J'ai besoin ici d'une double indulgence, dit-il en commençant; je souhaite qu'en lisant cet ouvrage on ne songe qu'au sentiment qui l'a dicté. Sous ce rapport, l'exemple que j'y donne ne sera pas indigné qu'on l'imite. Il pourra servir à ramener le culte négligé des dieux; car pendant que Troie était en flammes, peu de gens ont imité le pieux Énée. Pour moi, moins heureux que lui, je n'ai pu sauver mon père, mais je ne me suis jamais séparé de mes dieux domestiques. »

temps, savait mener de front les arts, les lettres, les dignités de la Cour et les grandes opérations commerciales.

Ses mémoires si spirituels, si incisifs, si hardis, sont dans tous les souvenirs.

Ils eurent d'autant plus de succès et de retentissement que l'opinion publique, s'inspirant de celle des anciens magistrats, n'était pas favorable au nouveau parlement, mis en cause par le fougueux écrivain.

Il invita plusieurs de ses membres à se récuser sous prétexte de leur intimité avec leur collègue *Goëzman*.

Mais si grandes que fussent son audace et sa popularité du moment, il n'osa point formuler des récusations en règle. Il provoqua et obtint quelques abstentions volontaires.

Il n'en perdit pas moins son procès contre Paris-Duvernai : l'arrêt est du 4 avril 1773.

Il perdit aussi celui que *Goezman* et sa femme lui avaient intenté pour tentative de corruption.

Ce second arrêt, qui est du 26 février 1774, condamna Beaumarchais « à venir à la chambre pour *y étant à genoux y être blâmé.* » Il le condamna en outre à trois livres d'amende envers le roi et douze livres pour le pain des pauvres. Il ordonna enfin que les nombreux mémoires publiés par le condamné et désignés un à un dans l'arrêt *fussent lacérés et brûlés au pied du grand escalier du palais par l'exécuteur de la haute justice* comme contenant des expressions et imputations téméraires, scandaleuses, *et injurieuses à la magistrature en général, à aulcuns de ses membres*, et diffamatoire envers différents particuliers, lui fait défense d'en publier d'autres, etc. »

Les auteurs qui rapportent cet arrêt et sa littérale exécution nous apprennent qu'il émut péniblement l'opinion publique et causa un violent désespoir au condamné.

Il pouvait cependant trouver dans l'arrêt lui-même une première consolation, car cet arrêt condamna aussi Madame Goëzman « *à venir elle-même à la chambre pour étant à genoux y être blamée;* il la condamna en outre à trois livres d'amende envers le roi et à restituer par corps 360 francs par elle reçus d'*Etme Jean Lejay* (libraire familier de la maison), pour être la même somme appliquée au pain des prisonniers de la conciergerie du palais. »

Mais une satisfaction plus complète était réservée à l'auteur des mémoires.

Pour mieux obéir aux ordres du roi, qui l'invita à ne plus écrire sur cette affaire, *Beaumarchais* se retira en Angleterre.

C'est là que le roi (Louis XV) lui confia une mission dont il s'acquitta heureusement.

Mais pendant qu'il l'accomplissait, le délai pour attaquer l'arrêt de condamnation de 1774 était expiré.

Louis XVI le releva de ce *laps de temps* par des lettres patentes du 12 août 1776, dans lesquelles on lisait..... « Le sieur de Beaumarchais n'est sorti du royaume que par nos ordres et pour notre service. »

L'ancien parlement avait été rappelé.

Beaumarchais s'empressa de lui déférer par requête civile l'arrêt de 1774.

Target plaida pour lui.

Il soutint qu'il n'y avait ni corps de délit, ni apparence de délit (de corruption), d'après l'arrêt même de condamnation, qui n'avait pas osé l'affirmer. Il demanda en conséquence la rétractation de l'arrêt.

M. l'avocat général *Séguier* conclut dans le même sens, et la rétractation fut en effet prononcée par arrêt du 6 décembre 1776.

Libre enfin de ses procès, car il en avait eu plusieurs autres, *Beaumarchais* retourna à la carrière du théâtre, où ses débuts n'avaient pas été heureux, et où il continua de montrer les mêmes qualités et les mêmes défauts que dans ses drames judiciaires. C'est précisément par les défauts qu'ils réussirent les uns et les autres.

Ce n'est ni le lieu ni le moment de reprocher à cet écrivain dramatique le mépris des règles de la saine littérature et de la saine morale, car il a été dépassé de nos jours, et certains succès modernes ne s'expliquent, comme les siens, que par l'oubli de ces règles qui semblent tomber tout à fait en désuétude.

Beaumarchais, pour en finir avec lui, après avoir joué un rôle qui ne manqua pas d'éclat, et joui d'une fortune considérable, mourut pauvre et délaissé, au moment même où finissait ce XVIIIe siècle dont il fut, selon la remarque d'un de ses biographes, une des personnifications les plus exactes.

VII. Notre siècle a eu aussi ses récusations, et même des poursuites plus rigoureuses contre des magistrats entourés de considération et de respect.

On n'a pas oublié en effet le procès dirigé en 1825 contre M. le premier président *Séguier* et plusieurs de ses collègues de la Cour de Paris.

M. le *comte de Forbin-Janson* plaidait contre l'agent de change *Perdonnet*. Celui-ci perdit son procès à tous les degrés de juridiction. Mais dans l'arrêt de la Cour de Paris qui donnait gain de cause à son adversaire, il y avait un motif qui paraissait incriminer la loyauté de celui-ci.

Il se pourvut en cassation pour faire rétracter ce motif, mais vainement. La Cour ne casse pas des motifs.

Il forma alors une action en prise à partie contre la première et la troisième chambre de la Cour de Paris et son honorable premier président pour faire *biffer de l'arrêt* le motif injurieux, avec 50,000 francs de dommages-intérêts, affiche de l'arrêt, etc.

L'action portée devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation, M. le procureur général *Mourre* pensa que cette chambre était *incompétente*, puisque M. le premier président *Séguier* étant pair de France, il ne pouvait être jugé que par la Cour des Pairs.

Ce déclinatoire ne fut pas adopté, et par un premier arrêt du 17 février 1825, la chambre des requêtes se déclara compétente par le motif principal qu'il *ne s'agissait pas d'une action criminelle*, et un second arrêt du 12 du même mois rejeta l'action en prise à partie, avec 300 francs d'amende et les dépens [1].

VIII. Une procédure à peu près semblable se reproduisit quelques années plus tard contre la chambre correctionnelle de la Cour de Paris.

Cette affaire a laissé dans les esprits une impression plus profonde que la précédente.

Après le sac de l'archevêché de Paris, il se trouva un homme, un prêtre, pour accuser le vénérable archevêque de s'être volé lui-même et d'avoir profité de l'émeute, de l'avoir provoquée

[1] Ces arrêts sont rapportés dans la collection nouvelle de Sirey, 1825, 1-48 et 53.

peut-être, pour s'emparer de l'argent des pauvres dont il était dépositaire.

Cette folle calomnie, dédaignée par l'éminent prélat, fut poursuivie par le ministère public et punie de six mois de prison et de 2000 francs d'amende.

Le condamné appela de ce jugement, qui fut confirmé *par arrêt de défaut* de la Cour de Paris.

Au lieu de former opposition à cet arrêt, l'abbé P..... aima mieux *prendre à partie* la chambre entière qui l'avait rendu.

Il présenta à cet effet une requête à la Cour de cassation.

Il la développa lui-même à l'audience. Dans cet écrit et dans cette plaidoirie le désordre égalait la violence. Des moyens de cassation, de récusation, d'incompétence, de renvoi d'un tribunal à un autre, etc., furent superposés sur la demande principale.

A peine est-il besoin de dire que ces conclusions incohérentes furent rejetées par la Cour.

L'arrêt est du 15 octobre 1842; il fut rendu en chambre de vacations au rapport de M. *Brière de Valigny* et sur les conclusions de M. l'avocat général *Quenault*.

Cet arrêt se termine ainsi :

« Attendu que l'amende doit être mesurée sur la *témérité de* « *l'action* portée devant la Cour ; que cette action, dans l'espèce, « n'est fondée que sur des *imputations dépourvues de toute* « *preuve et de tout indice*; qu'en outre le tort du demandeur a été « aggravé par sa plaidoirie, le condamne à 1000 francs d'a- « mende, ordonne l'impression de l'arrêt, etc. »

IX. La Cour de cassation, qui prononçait ainsi sur les récusations portées devant elle contre d'autres compagnies a eu elle aussi ses récusations, ou pour mieux dire *sa récusation*, car depuis son existence il ne s'en est présenté qu'un seul exemple, et par cela seul il mériterait d'être cité.

Il fut donné encore, on le devine aisément, par un de ces intrépides plaideurs qui aiment à graver leur nom au Palais.

Il se défendait vaillamment depuis plusieurs années contre les poursuites de ses nombreux créanciers.

Il avait épuisé dans cette longue lutte toutes les ressources de nos Codes. Il en restait une qu'il n'avait pas encore entrevue,

que personne n'avait essayée, et qui le séduisit par le charme même de la nouveauté.

Il avait succombé à tous les degrés de juridiction.

A tous les degrés de juridiction il avait formulé des *récusations* et toujours vainement.

Le tour de la Cour de cassation arriva.

Cinq ou six jours après le rapport de son affaire à la chambre civile, il récusa quatre des plus honorables membres de cette chambre, sans oublier le rapporteur.

Il ne trouva pas un avocat pour signer son étrange requête; il la rédigea et la signa lui-même.

La Cour, au rapport de M. de *Broë* et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général *Laplagne-Barris*, déclara cette récusation irrecevable, par le double motif qu'elle avait été faite après le rapport de l'affaire et qu'elle n'était pas signée d'un avocat en la Cour.

Mais l'arrêt ne se borna pas à ces fins de non-recevoir qui cependant paraissaient suffisantes.

La question du fonds fut examinée avec soin et rejetée. Le moyen le plus grave était pris contre l'un des magistrats de ce que son gendre, avocat distingué, avait donné une consultation dans l'affaire.

Cet arrêt est du 26 décembre 1838. Nous l'avons vainement cherché dans nos recueils judiciaires, et c'est au greffe de la Cour que nous avons dû le consulter. Nous reproduisons seulement le dispositif pour montrer quelles règles furent suivies dans cette procédure, non que nous pensions qu'elle doive se reproduire, c'était bien la première et très-probablement la dernière récusation contre la Cour suprême, mais pour montrer la combinaison qu'elle crut devoir faire dans cette circonstance de son règlement de 1738 et des lois nouvelles.

« Vu les articles 1 et 4, titre 2 de la seconde partie du règlement du 18 juin 1738;

« Vu aussi l'article 3 du même règlement, même titre, *formant pour la Cour de cassation la règle spéciale sur la manière de procéder en pareille matière;*

« Vu l'article 382 du Code de procédure civile et l'article 378 du même Code;

« Attendu, etc.,

« La Cour déclare « la requête en récusation *à la fois non*

recevable et mal fondée. En conséquence ordonne qu'il sera passé outre au jugement de l'affaire, condamne T. V..... à l'amende de 200 francs, moitié envers le trésor public, moitié pour S. D....., partie dans l'instance. »

Après de tels exemples, qu'on nous excusera d'avoir rappelés puisqu'ils se rattachent au sujet, après ces poursuites diverses exercées contre les *Molé*, les *Séguier*, les chambres entières du parlement et de la Cour de Paris, contre la Cour de cassation elle-même, quel magistrat pourrait s'étonner ou s'émouvoir de les subir lui-même?

X. Reprenons l'examen plus direct de notre titre.

On vient de voir que la Cour de cassation, en prononçant une *amende* contre le récusant, la divise en deux parties, moitié pour le trésor public, moitié pour l'adversaire du récusant.

C'était en effet la disposition formelle soit de l'ordonnance de 1667, soit du règlement de 1738.

Mais l'une et l'autre de ces lois fixait d'une manière invariable le chiffre de l'amende encourue, tandis que notre Code laisse aux juges sur ce point une latitude qui peut n'être pas sans quelque danger.

« Celui dont la requête aura été déclarée non admissible ou « non recevable, porte l'article 390, sera condamné à telle « amende qu'il plaira au tribunal, laquelle ne pourra être « moindre de 100 francs. »

A telle amende qu'il plaira au tribunal! C'est-à-dire qu'il pourra, s'il lui plaît, fixer une amende qui absorbera non-seulement l'objet du litige, mais encore la fortune entière du récusant. Ne pourrait-on pas dire que la *confiscation*, si heureusement bannie de nos lois, reparaît ici sous la forme d'une amende, d'une pénalité de bon plaisir?

Sans doute le danger s'efface devant l'esprit de sagesse et de modération des tribunaux; c'est un hommage que la loi leur rend dans le titre même qui, par sa nature, devait leur témoigner quelque méfiance.

Cette méfiance, on dirait que le législateur en a regretté l'expression répétée et qu'il a voulu en quelque sorte la racheter ou la compenser en donnant aux tribunaux ce pouvoir exorbitant, cet instrument de ruine de nature à paralyser l'exercice du droit de récusation.

Nous ne sommes pas, on l'a vu, fanatiques de ce droit : une longue expérience nous a démontré qu'il n'est exercé le plus souvent que par malice ou par calcul de mauvais aloi, dans lequel entre pour beaucoup la crainte fondée de perdre un mauvais procès.

Mais enfin, dès qu'on l'accorde, ce droit de récusation, il doit être sérieux comme tous les droits. Il ne faut pas le donner d'une main et le retirer de l'autre; il ne faut pas le subordonner à une condition tellement menaçante qu'elle semble équivaloir à un refus.

Qu'on mesure l'amende au degré de témérité et d'audace du plaideur, comme l'a dit la Cour de cassation et comme elle l'a fait, on le comprend très-bien : c'est rentrer dans l'esprit de plusieurs dispositions de nos Codes, qui non-seulement pour l'amende, mais aussi pour les autres pénalités, fixent un *minimum* et un *maximum* qui laisse au juge la liberté de se mouvoir entre ces deux termes.

Mais n'en fixer aucun, ne poser aucune limite, laisser au juge la possibilité d'accabler un justiciable qui aurait pu l'irriter ou lui déplaire, c'est là un effrayant pouvoir s'il est réellement sérieux, et s'il ne l'est pas, c'est un jeu, un épouvantail qui semble peu digne de la majesté de la loi.

Nos anciens parlements, si jaloux de leur puissance et de leurs droits, n'avaient pas ambitionné celui-là. La loi ne leur laissait, pas même au temps des confiscations, ni cette faculté indéfinie, ni même cette échelle proportionnelle où les deux degrés extrêmes étaient marqués. Le chiffre de l'amende était *invariable*. C'était un défaut en sens inverse de celui de la loi actuelle, défauts évités l'un et l'autre par cette échelle proportionnelle, fondement de nos lois actuelles.

Le chiffre de l'amende infligée au récusant ne subissait autrefois d'autre variation que celle de l'importance des juridictions, et ce tableau différentiel est assez curieux pour le placer ici. Il aidera encore à l'étude comparative et si intéressante de l'ancien et du nouveau régime judiciaires.

« Celui dont la récusation aura été déclarée impertinente et inadmissible, ou qui en aura été débouté faute de preuve, porte l'article 29 du titre 24, sera condamné en *deux cents livres* d'amende en nos Cours de parlements, grand conseil et autres nos Cours; *cent livres* aux requêtes de notre hôtel et du palais;

cinquante livres aux présidiaux, baillages, sénéchaussées; *trente-cinq livres* en nos châtellenies, prévôtés, vicomtés, élections, grenier à sel, et aux justices des seigneurs, tant de duchés, pairies, qu'autres ressortissant nuement en nos Cours, et *vingt-cinq livres* aux justices des seigneuries; le tout applicable sçavoir moitié à nous ou aux seigneurs dans leur justice, et l'autre moitié à la partie, sans que les amendes *puissent être remises ni modérées.* »

Il y a loin de là à l'amende *telle qu'il plaira au tribunal*, formule dont l'ancien régime a laissé, en ce point, l'initiative au nouveau, bien qu'elle soit moins assortie à l'esprit général de nos lois.

XI. Si les lois anciennes nous semblent préférables en ce point, elles nous offrent en revanche, dans ce même titre, une disposition qui ne pouvait être acceptée en 1806, et qui pourrait bien moins encore l'être aujourd'hui.

L'article 13 de ce même titre des récusations de l'ancienne ordonnance dispose de la manière suivante :

« Les officiers de nos Cours, bailliages, sénéchaussées et autres siéges et juridictions, même ceux des seigneurs, *pourront solliciter, si bon leur semble, ès-maisons des juges pour les procès* qu'eux, leurs enfants, père, mère, oncle, tante, neveux et nièces, et les mineurs de la tutelle et curatelle desquels ils seront chargés auront ès-Cours, juridictions et justices dont ils sont officiers, *leur défendons de les solliciter dans les lieux de la séance,* de l'entrée desquels voulons qu'ils s'abstiennent entièrement pendant la visitation et le jugement des procès. »

Naïve distinction qui permettait de solliciter le juge dans son cabinet et non pas au palais !

Aujourd'hui on ne le sollicite, on ne doit le solliciter nulle part.

On a compris enfin que les sollicitations toujours inutiles pouvaient être quelquefois dangereuses. Le juge se méfie d'une cause recommandée. *Elle en a donc besoin,* se dit-il involontairement. C'est l'impression la plus ordinaire, l'effet le plus certain des recommandations écrites ou verbales, directes ou indirectes.

Nous avons lu d'excellents réquisitoires pour les interdire

sous prétexte qu'elles pouvaient fatiguer et gêner les magistrats :

Les fatiguer....., peut-être ; les gêner, non.

On disait aussi autrefois ; on entend même répéter aujourd'hui qu'une visite de devoir et de bienséance était un hommage qui ne déplaisait pas au juge.

Mais c'est là une grossière erreur contre laquelle on ne saurait trop protester.

Le seul *hommage* que le juge ambitionne, c'est une foi inaltérable dans sa droiture et sa justice. La visite et la recommandation n'ayant pas essentiellement ce caractère, il vaut beaucoup mieux s'en abstenir. Qu'on se rassure sur les bienséances ; elles ne seront pas blessées : au contraire, la meilleure sollicitation, la protection la plus puissante après le bon droit, c'est la parole d'un honorable avocat. Celui-là peut solliciter hautement, dignement devant tous, *dans les lieux de la séance* [1].

XII. Dans les premiers temps qui suivirent la publication du Code de procédure, on éleva la question de savoir si les causes de récusation énumérées dans ce Code étaient tellement *limitatives* qu'on ne pût les étendre d'un cas à un autre par voie d'analogie.

Les auteurs se divisèrent sur cette question ; mais la Cour de cassation l'a tranchée en décidant que toute assimilation est interdite et qu'il faut se renfermer strictement dans les termes de la loi. Son arrêt le plus récent est du 6 août 1860. (Sirey, 1860, 1, 951.)

Cette jurisprudence a interprété la loi nouvelle dans un sens diamétralement contraire à celui de la loi ancienne.

Judex recusatur, dit Rebufe, *ex quacunque causa indifferenter* SI JUSTA SIT.

[1] Il ne faudrait pas toutefois imiter ce conseiller du parlement de Toulouse dont nous parle *Meynard* (liv. Ier, chap. 34). Soit qu'il désirât éviter les sollicitations, soit qu'il voulût engager les plaideurs à se concilier, il ne manquait jamais de dire à l'un et à l'autre qu'il avait un *procès détestable*, qu'il *ne pouvait le gagner*. Il ajoutait même quelquefois que tous deux étaient des *brouillons* et des *chicaneurs* ; aussi s'empressaient-ils de le récuser chacun de son côté, et la Cour, qui connaissait cette habitude du magistrat, *ne manquait pas*, dit l'auteur, *d'admettre la récusation*. N'y avait-il pas lieu, au contraire, de la rejeter ? Car enfin il nous semble que l'impatient magistrat ne s'était pas trop complaisamment engagé ni envers l'une ni envers l'autre partie.

Ce que l'ordonnance de 1667 traduisait ainsi dans son article 12 du titre 24 :

« N'entendons aussi exclure les *autres moyens de fait et de droit* pour lesquels un juge pourrait être récusé. »

La Cour de cassation consultée voulait maintenir cette disposition dans le nouveau Code, et elle proposait de la rédiger ainsi :

« La loi laisse *à la conscience des tribunaux* à décider si *d'autres causes* qui pourraient être proposées sont *assez graves* pour motiver la récusation. »

Cette proposition ne fut pas accueillie. La proposition contraire n'est pas sans doute écrite dans la loi, mais elle paraît résulter de la discussion qui la prépara, et la Cour de cassation elle-même a dû la consacrer, non sans regret, puisqu'elle est diamétralement opposée au vœu qu'elle exprima.

Ce regret a survécu dans quelques esprits à la jurisprudence même de la Cour de cassation.

Il est très-facile, en effet, de trouver des cas de récusation, non-seulement identiques, mais beaucoup plus graves que ceux écrits dans la loi. Chacun peut faire à cet égard des hypothèses qui se trouvent d'ailleurs réalisées dans nos recueils judiciaires.

Il était bien difficile, en effet, que dans une matière aussi délicate la loi eût prévu tous les cas divers, toutes les nuances qui peuvent se présenter, et cela avec une telle infaillibilité qu'il n'y eût plus de place pour des faits qui rentreraient aussi bien et mieux peut-être dans l'esprit de la loi elle-même.

On comprend très-bien qu'elle n'ait pas voulu abandonner au caprice des parties les causes de récusation, et que sous ce rapport il y ait eu sage motif de les régler. Mais n'aurait-il pas été tout aussi prudent de laisser sur ce point, si difficile à réglementer invariablement, une large part *à la conscience des tribunaux*, ainsi que le demandait la Cour de cassation d'après les anciens principes dont l'application n'avait révélé aucun inconvénient sérieux ?

Il n'en est pas de même de la loi nouvelle, puisqu'on a pu dire que les tribunaux, sacrifiant leur conscience au texte de la loi, étaient obligés de rejeter des causes de récusation plus fortes que celles écrites dans la loi.

On peut voir dans *Rebuffe* et dans les auteurs qui ont écrit

après lui sur les récusations des *causes plus graves* que nous nous garderons bien de reproduire, car il nous en coûte déjà trop de nous arrêter aux tristes hypothèses prévues par le Code.

Disons seulement que ces hypothèses limitatives ne sont pas *uniformes* pour tous les magistrats, et qu'il a été fait entre eux à cet égard, par la loi elle-même, des distinctions qu'on aimerait à trouver mieux justifiées.

XIII. Ainsi le titre que nous examinons n'est pas applicable aux *juges de paix*. Ils ont, à cet égard, leur législation spéciale dans l'article 44 du même Code. Il faut en rappeler la teneur littérale :

« Les juges de paix pourront être récusés : 1° quand ils auront intérêt personnel à la contestation ; 2° quand ils seront parents ou alliés d'une des parties, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement ; 3° si dans l'année qui a précédé la récusation il y a eu procès criminel entre eux ou l'une des parties ou son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe ; 4° s'il y a procès civil existant entre eux et l'une des parties ou son conjoint ; 5° s'ils ont donné un avis écrit dans l'affaire. »

On voit que la loi épargne aux juges de paix ces tristes suppositions prodiguées aux juges supérieurs, de forfaiture, de concussion, d'agression, de menace ou d'injure.

Est-ce à dire toutefois que les juges de paix ne puissent être récusés dans ce cas?

Oui, sans doute, d'après la doctrine et la jurisprudence que nous venons de rappeler, et qui paraissent entièrement conformes à la loi ; mais alors on est obligé de se demander si la loi ne laisse pas encore sur ce point quelque chose à désirer.

Et d'abord pourquoi cette énorme différence, quant à la récusation entre les juges de paix et les autres magistrats?

Un estimable auteur nous répond que « l'importance des affaires est la mesure des causes de récusation [1]. »

Mais à ce compte il faudrait varier aussi ces causes selon le premier ou le dernier ressort, et dresser un tableau différentiel comme celui que nous venons de lire dans la vieille ordonnance.

[1] Chauveau, t. Ier, p. 196.

On a bien dit aussi que le juge de paix étant plus difficile à remplacer qu'un juge ordinaire, il fallait être plus sobre de causes de récusation pour le premier que pour le second.

Ce motif ne paraît guère plus satisfaisant. Un juge de paix qui a deux suppléants n'est pas en effet bien difficile à remplacer, alors surtout qu'il ne s'agit que d'un cas exceptionnel qui se présente si rarement.

Il aurait fallu cependant des motifs bien graves pour justifier cette différence dont on ne s'est pas rendu peut-être un compte bien exact.

Ainsi pour reprendre le fait même prévu par la loi, le juge de paix a reçu un présent de la partie ou il s'est rendu coupable envers elle d'agression, d'injure ou de menace.

On pourra récuser sur un tel motif un juge de première instance, de Cour impériale, de cassation, et on ne pourra récuser un juge de paix quand le crime ou le délit allégué serait certain, établi, avoué.

Si on nous disait encore, en nous renvoyant une de nos objections, que dans ce cas la récusation serait dominée, effacée par une poursuite plus directe, nous comprendrions; mais non, la loi admet et organise les deux poursuites contre l'un des juges et pas contre l'autre.

Il est encore d'autres distinctions que nous avons quelque peine à comprendre, parce qu'elles nous paraissent constituer une évidente anomalie entre les articles 44 et 378 du Code de procédure civile.

Et pour citer de suite le cas le plus usuel qui se présente dans nos campagnes, un juge de paix, à la différence d'un autre magistrat, peut juger le procès de son *domestique*.

L'article 378, § 7, dit bien le contraire pour les juges ordinaires; mais, comme cette disposition ne se trouve pas dans l'article 44, le juge de paix peut condamner ou absoudre valablement son valet de chambre ou de ferme, soit en matière pénale ou civile, soit en premier, soit en dernier ressort.

C'est ce qui a été enseigné et décidé; c'est ce qui devait l'être selon la loi.

Mais la loi devait-elle être ainsi faite?

C'est un point sur lequel il nous reste encore des doutes sérieux.

On nous dira peut-être : « Mais dans le procès de son do-

mestique, le juge de paix ne manquera pas de s'abstenir. »

Nous aimons à le croire aussi; mais la question n'est pas dans cette espérance, dans cette faculté d'abstention; elle est dans le droit de ne pas s'abstenir. Or les motifs très-raisonnables qui rendent récusable un juge ordinaire dans la cause de son domestique, s'appliquaient *à fortiori* à un juge de paix, parce qu'on peut affirmer, entre autres raisons, que les liens qui existent entre le maître et le domestique sont plus étroits, plus affectueux, plus dévoués dans la vie des champs que dans les cités.

Oui, sans doute, et nous le répétons : le juge digne, calme et sévère s'abstiendra; mais celui qui se laissera emporter par des préventions ou des erreurs ne s'abstiendra point, et c'est précisément contre celui-là que la loi devait être faite.

Autre singularité plus regrettable encore, à notre sens.

On a vu avec quelle juste rigueur la loi punissait d'une amende, même *illimitée*, le téméraire plaideur qui récusait son juge mal à propos.

Eh bien! la récusation la plus hasardée, la plus audacieuse contre un juge de paix ne sera ni retenue ni punie par une *amende quelconque*.

La loi l'a voulu ainsi. La disposition de l'article 390 n'est pas reproduite dans les articles 44 et suivants.

L'administration de l'enregistrement a vainement essayé de faire concourir ces dispositions et de combler ce qu'elle appelait une lacune de la loi.

Il lui a été répondu très-logiquement que l'amende étant une peine publique, devait être écrite dans la loi pour que les tribunaux eussent le droit de la prononcer.

Et remarquons bien que la pénalité est oubliée là précisément où elle était le plus nécessaire, là où il était plus important de maintenir le respect des populations envers la justice. De cette clémence inexplicable pour les *brouillons* de nos campagnes, s'il est permis de conserver cette expression du conseiller de Toulouse, la loi passe sans transition à une sévérité excessive, ou pourrait dire à une colère irréfléchie, qui met à la disposition du juge, au profit du trésor, la fortune entière du récusant qui succombe. Excuse complète, amnistie, encouragement en faveur de ceux-là, pénalité effrayante contre celui-ci.

Et il s'agit du même fait!

Nous pourrions relever encore bien d'autres anomalies, bien d'autres lacunes, mais elles ne feraient qu'augmenter le regret d'avoir vu écarter de notre titre le sage amendement proposé par la Cour de cassation. Ce regret serait bien plus vif encore, ainsi que nous l'avons déjà dit, si ce titre lui-même n'était dominé, protégé, *corrigé*, qu'on nous passe le mot, par cette faculté d'abstention qui prévient si heureusement les inconvénients signalés, faculté qu'on veut bien ne pas dénier aux juges de paix, malgré le silence de la loi à cet égard.

XIV. Cependant un arrêt récent est venu jeter quelque trouble sur cette théorie si simple et cette pratique si usuelle de l'abstention volontaire, et les soumettre à des conditions qui pourraient en compromettre tous les avantages.

Cet arrêt exige en effet que l'abstention soit constatée par procès-verbal déposé au greffe. Il décide en outre qu'à défaut de cette formalité la récusation est recevable et doit suivre son cours, bien que le juge ait publiquement déclaré qu'il ne siégerait pas dans l'affaire[1].

On ne sait en vérité si c'est le texte ou l'esprit de la loi qui a le plus à se plaindre de cette décision.

Comment! un juge, après avoir conféré avec ses collègues, déclare publiquement qu'il ne siégera pas dans une affaire; il prévient même, comme dans l'espèce, les avoués des parties de son abstention, et malgré cette déclaration répétée il serait permis à l'un des plaideurs d'ouvrir et de suivre cette longue et pénible procédure de récusation !

Et dans quel intérêt? Dans quel but? Le plaideur a obtenu tout ce qu'il désirait; le juge a prévenu sa demande; il ne veut donc faire que du bruit, du scandale. Cette fois du moins, son intention n'est pas douteuse, et on l'encouragerait dans ce dessein! A côté d'une abstention une récusation, alors que la première a précisément pour objet d'éviter la seconde!

Le tribunal de première instance ne s'y était pas mépris; il n'avait pas hésité à déclarer cette récusation irrecevable, *faute d'intérêt*. Il aurait pu se fonder aussi sur la maxime salutaire : *malitiis non est indulgendum*.

Et malgré cette maxime si évidemment applicable, malgré

[1] Arrêt de la Cour de Dijon, du 25 avril 1861, Sirey, 1861, 2-352.

le défaut d'intérêt constaté, malgré les circonstances de la cause, la Cour, réformant la décision des premiers juges, écarte la fin de non-recevoir!

Et chose plus étrange encore! la Cour n'avait nul besoin d'examiner cette fin de non-recevoir, car elle en admit une autre, moins évidente peut-être, et rejeta la récusation en élevant l'amende de 100 francs à 500 francs!

C'était donc de la théorie faite à plaisir, de la théorie inutile, la pire de toutes quand elle est mauvaise.

L'arrêt a tout simplement confondu la *récusation* et l'*abstention* en les soumettant l'une et l'autre aux mêmes formalités, aux mêmes écritures, au même procès-verbal de l'article 386, uniquement fait pour la récusation, et que la Cour va prendre là pour la transporter et l'appliquer textuellement à l'abstention.

La doctrine des auteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation auraient bien dû prévenir cette confusion, et si nous la relevons avec quelque insistance, c'est qu'elle nous paraît violer la loi dans sa meilleure disposition, dans celle qui, encore une fois, peut seule prévenir ce que l'application des autres présente de difficile et de regrettable [1].

[1] V. deux arrêts formels de la Cour de cassation rapportés par Sirey, 1832, 1-445, et 1843, 1-577. Le premier fut rendu au rapport de M. le conseiller *Tripier* et sur les conclusions de M. l'avocat général *Laplagne-Barris*. Le second au rapport de M. *de Gaujal*, et sur les conclusions de M. l'avocat général *Delangle*. Ce dernier arrêt eut quelque retentissement, non à cause de notre question, qui véritablement n'en est pas une, mais parce qu'il eut à décider aussi celle de savoir si les tribunaux pouvaient défendre aux avocats de porter *la moustache*, question à laquelle on donna beaucoup d'importance et qui amena de curieux détails historiques sur l'origine et les priviléges de *la longue barbe*. On peut les lire au lieu cité. Quant à la question qui doit seule nous occuper ici, l'arrêt de 1843 ne fit que résumer celui de 1832, dont nous rappelons le texte afin de prévenir le retour de toute équivoque sur ce point :

« Considérant qu'il existe une différence essentielle entre la *récusation* autorisée par l'article 378 du Code de procédure civile et l'*abstention* volontaire d'un juge ; que les formes et les conditions prescrites à l'égard de la première ne sont pas ordonnées pour la deuxième ; que dans le premier cas il s'agit d'un incident élevé dans le but d'enlever à un juge la connaissance d'un procès dont il est saisi par la loi ; que c'est là une procédure qui donne lieu à un véritable jugement ; que dans le deuxième cas il ne s'agit que d'un acte de discipline intérieure qui doit émaner de la compagnie à laquelle ce juge appartient ; qu'il n'existe ni procès ni débat lorsque le fonctionnaire à qui la juridiction est confiée reconnaît et déclare spontanément qu'une

XV. Il est encore deux causes de récusation écrites dans la loi dont il faut dire un mot : l'opinion du juge prématurément émise et son intérêt personnel ou celui de sa famille.

L'opinion du juge peut être connue à l'avance, soit qu'il l'ait exprimée dans quelque autre affaire analogue, soit qu'il l'ait théoriquement enseignée dans ses ouvrages.

Mais il n'y a point là cause de récusation ni même d'abstention ; s'il en était autrement une compagnie judiciaire se verrait souvent privée de ses plus vives lumières, et nous connaissons telle de ces compagnies dont l'illustre chef pourrait être récusé tous les jours, car tous les jours on cite devant lui quelques-uns des immenses travaux dont il a enrichi la science du droit. On se garde bien de craindre que son amour-propre d'écrivain trouble sa conscience de magistrat, car l'épreuve contraire est acquise depuis longtemps.

Il est le premier à reconnaître et à proclamer qu'une thèse adoptée dans les méditations silencieuses du cabinet peut souvent changer d'aspect et de portée dans les vifs et sérieux débats contradictoires qui préparent un arrêt.

Quant à l'intérêt personnel du juge et de certains membres de sa famille, il est facile à discerner, et dans ce cas, comme dans tous les autres, on pourrait s'en remettre sans danger à la loyale susceptibilité du juge lui-même.

XVI. Et à ce propos on s'est demandé dans ces derniers temps si un juge qui aurait des actions d'une compagnie ou d'une société industrielle pourrait siéger dans une contestation qui intéresserait cette société.

Nul plaideur n'a encore imaginé de trouver là un motif de récusation.

Mais le juge, plus soucieux que lui, plus prompt à s'alarmer, même de simples apparences, a éprouvé lui-même quelques inquiétudes, et il s'est empressé de les confier à ses collègues. La question paraît ainsi avoir été posée, examinée, résolue

cause légitime l'oblige à s'abstenir ; qu'aucune disposition de loi n'exige, soit un jugement, un arrêt, *soit un procès-verbal* pour constater les motifs d'abstention et leur admission par le tribunal ou la Cour qui doit prononcer sur la contestation ; qu'il *suffit d'en faire mention dans le jugement ou l'arrêt* définitif, et de constater ainsi la présence des magistrats appelés pour compléter le tribunal ou la Cour qui a statué. »

dans l'intérieur de plusieurs compagnies judiciaires, et il n'y a pas eu plus d'abstentions que de récusations.

C'est qu'on aura considéré en droit, avec le § 7 de l'article 378, que le juge n'est récusable que quand il est administrateur ou gérant de la Société qui plaide, et qu'un simple actionnaire était loin d'avoir ces caractères, puisqu'il ne peut ni engager ni repousser une action judiciaire.

On a dû considérer d'un autre côté que dans ce grand mouvement de capitaux et d'affaires qui s'est produit depuis quelques années, la fortune mobilière des particuliers s'est tellement confondue avec la fortune de l'État, du trésor, des Compagnies de chemin de fer et autres qu'il serait malaisé de trouver des juges à tous les degrés, si l'on écartait ceux qui par eux-mêmes ou par leur famille ont des intérêts privés dans ces intérêts communs.

Mais si la question, en ce qui concerne les juges, ne s'est jamais produite contradictoirement, elle vient de se présenter dans les circonstances suivantes :

Un huissier avait des actions nominatives dans une Société industrielle et commerciale établie à Douai.

Il signifia, comme huissier, un acte d'appel dans l'intérêt de la Compagnie dont il était actionnaire et au nom du gérant de cette Compagnie.

La Cour de Douai annula cet exploit d'appel, aux termes de l'article 66 du Code de procédure civile, ainsi conçu :

« L'huissier ne pourra instrumenter pour ses parents et alliés et ceux de sa femme en ligne directe à l'infini, ni pour ses parents et alliés collatéraux jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, le tout à peine de nullité. »

Il pourra bien moins instrumenter pour lui-même, avait dit la Cour de Douai.

Oui sans doute.

Mais la Cour de cassation n'apercevant pas dans la possession de quelques actions cet intérêt distinct et personnel de l'huissier, cassa l'arrêt de la Cour de Douai, le 5 janvier 1862, au rapport de M. le conseiller Mercier [1].

[1] Voici le texte de cet arrêt, rendu après délibéré en la chambre du conseil :

« Vu l'article 66 du Code de procédure civile;

« Attendu que si l'on doit inférer de cet article que l'huissier ne peut à

Cette décision semblerait pouvoir s'appliquer aussi au notaire qui se trouverait dans la même position, malgré l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, moins irritant toutefois et moins compréhensif que l'article 66 que nous venons de rappeler.

Comment ces officiers publics pourraient-ils toujours être assurés qu'un de leurs cousins n'a pas quelque *millionième* d'intérêt dans une entreprise quelconque dont il n'est ni l'administrateur ni le gérant?

Mais en supposant que l'arrêt de la Cour de cassation, au lieu d'infirmer l'arrêt de Douai, l'eût maintenu et décidé comme cette Cour que l'acte de l'huissier (ou du notaire) devrait être annulé, cette décision pourrait-elle, par analogie, autoriser la récusation ou l'abstention d'un juge qui se trouverait dans la même condition?

Nous ne le pensons point : la différence des attributions devrait en amener une dans la solution.

Cette différence est marquée dans les textes mêmes que nous venons d'indiquer; il suffit de relire attentivement les articles 66, 378 du Code de procédure civile, et 8 de la loi du 25 ventôse an XI, pour être convaincu que le même ordre d'idées n'a pas présidé à leur rédaction. Ils procèdent bien du même principe, l'influence de l'intérêt personnel, mais toutefois avec des nuances faciles à saisir.

Il serait d'autant plus inutile de les reproduire ici et d'ouvrir une discussion sur ce point qu'il paraît définitivement résolu dans le même sens pour les deux hypothèses, à savoir, quant

peine de nullité instrumenter dans sa propre cause, il ne saurait en être de même lorsque l'huissier n'est pas et ne peut être mis en cause, soit en son nom personnel, soit comme représentant de l'une des parties engagées dans la contestation, bien qu'il puisse y avoir quelque intérêt.

« Attendu que la société en commandite par actions constitue un corps moral ayant une personnalité civile, distincte de celle de ses associés ou actionnaires;

« Que son administration et l'exercice des actions qui pourraient lui compéter appartiennent exclusivement à son gérant; que les associés ou actionnaires y demeurent étrangers et ne peuvent être mis en cause; qu'en conséquence la qualité d'actionnaire ne peut être une cause d'incapacité pour l'huissier requis d'instrumenter par le gérant de la société, qui, seul, est le maître de l'action à intenter.....

« D'où il suit que la Cour impériale de Douai, en accueillant l'acte d'appel dont il s'agit, a fait une fausse application de l'article 66 du Code de procédure civile, et par suite violé ledit article; — Casse, etc. »

aux magistrats, par l'usage et la pratique des compagnies judiciaires, et quant aux officiers publics par l'arrêt du 5 janvier 1862, que nous venons de citer.

Faisons remarquer, en terminant, que le titre des *récusations* s'applique à toutes les juridictions, aux tribunaux civils, correctionnels, commerciaux, administratifs, militaires, arbitraux, etc.

Il s'applique également au ministère public, quand il n'est point partie principale, aux suppléants, aux avocats et avoués appellés à compléter un tribunal dans les cas prévus par la loi; en un mot à tous ceux qui, à un titre quelconque, temporaire ou définitif, reçoivent la mission de juger.

Dans ces cas exceptionnels, comme dans les cas ordinaires, l'expérience nous apprend aussi que l'abstention volontaire prévient le plus grand nombre des récusations, de sorte que nous pouvons répéter et conclure avec confiance que grâces à nos mœurs judiciaires et à ce sentiment de dignité qui est devenu un sentiment public, *l'abstention sera la règle*, et que la récusation proprement dite ne sera exercée que *très-exceptionnellement* et dans des cas accidentels et regrettables qui apparaissent plus rares de jour en jour. LAVIELLE.

DU CENS OU CADASTRE SOUS L'EMPIRE ROMAIN.

Par M. Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon.

Sous la république, le *cens* ou recensement avait un caractère politique, civil, militaire et financier. Servius Tullius ayant divisé le peuple en six classes, subdivisées en cent quatre-vingt-treize centuries, d'après l'importance de la fortune, et les droits politiques étant attachés à ce classement, il fallait répartir les citoyens dans chacune de ces classes et déterminer l'état, la famille et la fortune de chaque citoyen. Tout le mécanisme de la constitution reposait sur cette opération, qui servait de base à l'état civil et politique de chaque personne, à l'exercice du droit de vote dans les assemblées, à l'aptitude aux fonctions de sénateur ou autres, à l'assujettissement au service militaire et

au payement des impôts. La prérogative immense de procéder aux opérations du cens, qui se renouvelait tous les cinq ans, passa des rois aux consuls et de ceux-ci aux censeurs [1]. Les censeurs étaient nommés tous les cinq ans, à l'époque du renouvellement périodique du cens; mais plus tard leurs fonctions furent réduites à une durée de dix-huit mois [2]. Un passage de Cicéron nous fait connaître leurs attributions [3].

La garantie contre les abus possibles du pouvoir exorbitant et discrétionnaire des censeurs consistait dans la brièveté et dans la dualité de leurs fonctions, *bini sunto*, et dans le droit d'intercession ou d'opposition que l'un des deux censeurs pouvait faire aux décisions de son collègue. C'est ce double principe qui sépare le régime républicain du régime monarchique, ce dernier ayant pour fondement *unité, durée indéfinie*, et le premier *pluralité, durée restreinte*.

Chaque citoyen était tenu, sous des peines sévères, de fournir aux censeurs une déclaration détaillée contenant son nom, son âge, le nom de sa femme, le nombre, le sexe et l'âge de ses enfants, ses esclaves et l'état de sa fortune mobilière et immobilière [4].

Toutefois, une remarque importante à faire, c'est que le cens ne comprenait pas tous les biens quels qu'ils fussent, mais seulement les choses appelées *mancipi*; les choses *nec mancipi* n'y figuraient pas. Ce point capital en droit romain est établi par deux textes précis, l'un de Festus [5] et l'autre de Cicéron [6].

[1] « Post deinde cum consules non sufficerent huic officio *censores constituti sunt.* » Dig., L. 2, § 17, *De orig. jur.*

[2] Tit.-Liv., lib. IV, 24; IX, 33.

[3] Voici, d'après Cicéron, quelles étaient les attributions des censeurs : *Censores ævitates, soboles, familias, pecuniasque censento. Urbis templa, vias, aquas, ærarium, vectigalia tuento. Populique partes in tribus distribuunto. Exin pecunias, ævitates, ordines partiunto. Equitum peditumque prolem describunto. Cœlibes esse prohibento. Mores populi regunto; probrum in senatu ne relinquunto. Bini sunto. Magistratum, quinquennium habento. Eaque potestas semper esto.* Cic., *De legib.*, III, 3.

[4] Denys d'Hal., IV, 15; V, 75.

[5] *Censui censendo agri proprie appellantur, qui et emi et venire jure civili possunt.* Festus, *hoc v°.*

[6] *At hæc prædia etiam in censu dedicavisti..... Illud quæro : sint ne prædia ista censu censendo; habeant jus civile; sint, nec ne sint, mancepi; subsignari apud ærarium, apud censorem possint, in qua tribu.* Cic., *Pro Flacco*, 32.

Quand on lit dans Ulpien[1] l'énumération des choses *mancipi* et des choses *nec mancipi*, on s'explique parfaitement le motif qui avait fait admettre les premiers sur les registres du cens, et non les autres. Les choses *mancipi* étaient celles qui constituaient la fortune des citoyens romains au temps du roi Servius, tels que des fonds de terre, des maisons, des bœufs, des chevaux, des mulets, des ânes : on ne connaissait pas alors ni les éléphants ni les chameaux ; voilà pourquoi les premiers biens y figuraient seuls, et non les autres.

Comme les biens inscrits sur les livres du cens, *adscripta*, *censita*, conféraient seuls l'aptitude à l'exercice des droits politiques, on comprend aisément que les lois aient établi des modes particuliers pour la transmission de ce genre de propriété : de là les solennités de la mancipation, qui était propre à ce genre de biens[2]. Il fallait entourer cette transmission de formes qui fussent une garantie contre les fraudes possibles qui auraient faussé les livres du cens, base des élections politiques, et par suite altéré tout le système de la constitution timocratique de Servius[3].

La plupart des lois sont des garanties contre des fraudes réalisées ou possibles. En France, sous l'empire de nos chartes de 1814 et de 1830, qui avaient attaché le vote électoral à une quotité d'impôts, ce n'étaient pas toutes les contributions qui entraient dans la composition de ce sens, mais seulement les contributions directes. Et quoique ce cens eût incomparablement moins d'importance chez nous qu'à Rome, l'intérêt puissant qu'avait l'administration dans la composition des listes d'électeurs et les fraudes qui lui étaient imputées avaient amené la disposition législative qui enlevait au roi en Conseil d'État le contentieux sur les réclamations relatives à ces listes, pour le transférer aux tribunaux[4]. La royauté, une et permanente, n'offrait pas les mêmes garanties pour la sincérité des listes d'électeurs nommant les députés appelés à la contrôler, que les

[1] *Regul.*, lib. XIX, 1.

[2] Ulp., *Regul.*, lib. XIX, 3.

[3] Les cinq témoins qui assistaient le *libripens* s'appelaient *classici testes* (V. Festus, *His verbis*), parce qu'ils représentaient ensemble les six classes du peuple, auxquelles ils devaient garantir la sincérité de l'opération au point de vue politique.

[4] Loi du 2 juillet 1828, art. 18.

censeurs, *bini*, rentrant dans la foule des citoyens à l'expiration de leurs fonctions.

Lorque, par l'établissement de l'empire, la qualité de citoyen et les droits politiques y attachés eurent perdu de leur importance, le caractère du cens se transforma, comme toutes les institutions de la république, et il devint peu à peu un simple instrument financier mis à la disposition de l'administration pour l'assiette et la répartition des impôts. A partir d'Auguste, ce fut son caractère dominant, caractère qui devint exclusif après la constitution de Caracalla, qui conféra la qualité de citoyen à tous les habitants libres de l'*orbis romanus*[1]. On conçoit, après cela, que la distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi* n'eut plus de raison d'être. L'effet survécut encore à sa cause, comme cela se voit souvent dans les changements d'institutions, jusqu'à ce que cette distinction fût supprimée par Justinien, comme n'étant plus qu'un nom *vacuum et superfluum*[2].

Le cens romain différait de notre cadastre en ce qu'il n'avait pas seulement pour objet d'établir la matrice servant de base à l'impôt foncier ; il servait aussi à la formation de la matrice pour l'impôt mobilier. C'est pour cela que chaque contribuable devait faire sa déclaration au lieu de son domicile[3]. Toutefois, quant à l'impôt foncier, la déclaration devait se faire dans le lieu de la situation de l'immeuble, s'il était différent de celui du domicile ; car c'est dans ce lieu qu'il était payable[4].

Un recensement célèbre entre tous est celui qui fut ordonné dans tout l'empire par Auguste, l'année même de la naissance de Jésus-Christ. Et ce fut pour obéir à l'ordre de faire sa déclaration au lieu de son domicile que Joseph se transporta avec Marie, de Nazareth, ville de Galilée, où il résidait, à Bethléem en Judée, parce qu'il était de la famille et de la patrie de David[5].

[1] Dig., 1, 17, *De statu hom.*

[2] « Nomen..... quod nihil ab ænigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum. » Cod. J., L. un., *De nudo jure requir.* — Conf. § 40, Inst., *De rer. div.*, et L. ult., Cod., *De usuc. transf.*

[3] Tit.-Liv., XLII, 1.

[4] Dig., L. 4, § 2, *De censib.*

[5] « Exiit edictum a Cæsare Augusto, ut describeretur universus orbis..... Et ibant omnes ut profiterentur singuli in suam civitatem. » S. Luc, *Evang.*, 11, 1, 3 ; — Euseb., *Hist. eccles.*, 1, 5.

Ce recensement eut lieu, comme toujours, sur une déclaration de chaque contribuable, ainsi que l'atteste ce verset tiré de saint Luc : *Et ibant omnes*, UT PROFITERENTUR SINGULI, *in suam civitatem*[1].

Fut-il accompagné d'un cadastre parcellaire? Cette question revient à celle de savoir si l'assiette et la répartition de l'impôt foncier avaient pour base un arpentage parcellaire, comme celui qui a eu lieu en France dans la première moitié de notre XIXe siècle? Pour l'affirmative, on invoque un passage de J. Frontinus[2], un autre de Lactance[3], le panégyrique de Constantin par Eumène[4], le témoignage des *agrimensores*[5], et celui de Cassiodore[6].

Malgré ces textes, il m'est impossible de comprendre la possibilité d'un arpentage parcellaire général dans les opérations du cadastre ou cens romain, quand je considère qu'avec toutes les facilités de l'art moderne il nous a fallu plus de quarante ans de travail et une dépense de 100 millions de francs pour réaliser une pareille opération dans notre France actuelle, qui n'est qu'une partie de la Gaule romaine, laquelle n'était qu'une petite partie du vaste empire romain. Depuis que notre cadastre est achevé, le gouvernement a reculé devant son renouvellement intégral, malgré tout le désir et tout l'in-

[1] V. *loc. cit.*

[2] « Huic addendæ sunt mensuræ limitum et terminorum, ex libris Augusti et Neronis Cæsarum : sed et Balbi mensoris, qui temporibus Augusti omnium provinciarum et civitatum formas et mensuras compertas in commentarios contulit, et legem agrariam per universitatem provinciarum distinxit ac declaravit. » J. Frontin, *De coloniis*, p. 109, édit. Goes.

[3] « Agri *glebatim metiebantur*, vites et arbores numerabantur, animalia omnis generis scribebantur, hominum capita notabantur; unusquisque cum liberis, cum servis aderant. » Lact., *De mortib. persecut.*, c. 23.

[4] « Habemus enim et hominum numerum qui delati sunt, *et agrorum modum*. » Eumen, *In Paneg. vet.*, VIII, p. 6.

[5] « Certa enim pretia constituta sunt, ut in Pannonia, *arvi primi*, *arvi secundi*, partis (alias prati), silvæ glandiferæ, silvæ vulgares, pascuæ his omnibus vectigal admodum ubertatis *per singula jugera constitutum*. Horum æstimatio, ne qua usurpatio per singulas professiones fiat, *adhibenda est summa diligentia*. » Hyginus, p. 198, édit. Goes.

[6] « Augusti si quidem temporibus orbis romanus agris divisus censuque descriptus est, ut possessio sua haberetur nulli incerta, quam pro tributorum susceperat quantitate solvenda. Hoc auctor hyrummetricus redegit ad dogma conscriptum; quatenus studiosus legendo possit agnoscere, quod deberet oculis absolute monstrare. » Variar., III, 52.

térêt qu'il peut y avoir. Comment, d'après cela, concevoir un arpentage parcellaire dans l'immensité de l'empire romain pendant le peu de temps qui, périodiquement, était consacré au renouvellement du cens? Tout semble indiquer que cette opération s'accomplissait pendant la première année de chaque période, qui était de cinq, puis de dix, puis de quinze ans. Comment se faire une idée d'un arpentage parcellaire en aussi peu de temps? On dira peut-être que la propriété n'était pas morcelée comme chez nous; on citera le passage connu de Pline sur les *latifundia*, qui avaient perdu l'Italie et les provinces. Tout cela ne lève pas la difficulté, ou, pour mieux dire, l'impossibilité matérielle de l'opération. A quoi bon exiger des possesseurs de biens-fonds des déclarations précises et détaillées, si les censiteurs devaient arpenter chaque parcelle de ses biens? A quoi bon punir les déclarations mensongères de peines atroces, qui pouvaient aller jusqu'à la confiscation et la mort[1]? Nulle déclaration préalable n'est exigée chez nous, et le besoin ne s'en fait pas sentir dans le système de l'arpentage parcellaire. Pourquoi ces déclarations, en ce qui concerne les biens-fonds, étaient-elles jugées si importantes, si ces fonds étaient arpentés d'office?

Voici mes conjectures sur ce point si délicat, sur lequel je ne trouve rien dans les auteurs. Nous avons la certitude que le cadastre était fait sur une déclaration de chaque contribuable. Cette déclaration pour l'impôt foncier, le seul dont je m'occupe en ce moment, devait se faire dans le lieu de la situation des biens[2]. Elle était fort détaillée. En lisant la loi 4, Dig., *De censibus*, tiré d'un traité d'Ulpien sur cette matière, il semble qu'on ait sous les yeux la matrice du cadastre d'une de nos communes avec encore plus de détails; car on y rencontre : 1° le nom du propriétaire (*nomen*); 2° la commune (*civitas*); 3° le canton ou lieu-dit (*pagus*); 4° la désignation des fonds et des confins; 5° sa nature, tels que champ, vigne, pré ou bois; 6° sa contenance; 7° son revenu pendant les dix années précédentes; 8° la valeur estimative faite par le déclarant; 9° ses plantations (*vites, arbores*) conservées ou détruites,

[1] Cod. Th., L. 1, *De censitorib.*

[2] « Is vero, qui agrum in alia civitate habet, in ea civitate *profiteri* debet, in qua ager est : agri enim tributum in eam civitatem levare debet, in cujus territorio possidetur. » Dig., L. 4, § 2, *De censib.*

et les causes qui avaient amené leur destruction. Plusieurs de ces éléments, tels que le revenu, les plantations, n'avaient d'autre objet, à mon avis, que de fournir des éléments de contrôle de l'évaluation des biens-fonds en capital, qui était le but final cherché, afin d'asseoir l'impôt foncier sur la valeur du fonds. Remarquez, je vous prie, le soin avec lequel Ulpien s'exprime sur les déclarations de contenances : le nombre des jugères doit être précis quand il s'agit des héritages en nature de culture productive de fruits, parce que le propriétaire est censé le connaître; mais il suffit que le nombre soit approximatif quand il s'agit de pâturages (*pascua, quot jugerum esse videantur*). Le motif de cette différence est, je pense, qu'un propriétaire peut ne pas savoir exactement la contenance de ses pâturages, et qu'il ne fallait pas l'exposer aux peines de la fausse déclaration, s'il venait à errer sur ce point. La déclaration se terminait par une évaluation émanée du propriétaire : *omnia ipse, qui defert, æstimet.*

Quel était ensuite le rôle de l'officier public, du *censitor*, qui recevait la déclaration? Il en examinait la sincérité aux points de vue de l'énumération des objets, de l'exactitude des contenances et des évaluations, et en s'aidant des points de comparaison tirés des énonciations inscrites sur la matrice cadastrale ancienne. Si le déclarant alléguait des causes légitimes de réclamations, tels que des cas fortuits, il le déchargeait [1]; si, au contraire, les allégations du déclarant étaient démontrées fausses, il était maintenu sur la matrice pour son ancienne évaluation [2]. Il me semble qu'il devait en être de même en ce qui concerne les énonciations de contenances, c'est-à-dire que si la déclaration paraissait exacte au *censitor*, il l'admettait, sans qu'il fût nécessaire de recourir à un arpentage; si elle lui semblait inexacte ou fausse, il la faisait vérifier par un *agrimensor*, et c'est dans ces cas-là seulement, à mon avis, qu'il y avait lieu de recourir à l'arpentage parcellaire.

[1] « Illam æquitatem admittere debet censitor, ut officio ejus congruat, relevari eum, qui *in publicis tabulis delato modo* frui certis ex causis non possit. Quare, et si agri portio chasmate perierit, debebit per censitorem relevari. » Dig., L. 4, § 1, *De censib.*

[2] « Quod si exciderit arbores, vel vites, nihilominus eum profiteri jubetur, qui fuit census tempore : nisi causam excidendi censitori probabit. » *Ibid.*

Ceci posé, rien n'est plus facile que de comprendre les textes cités plus haut et de les concilier avec cette explication, qui éclaircit tout. L'arpentage était censé contradictoire toutes les fois que la contenance déclarée était admise par l'administration, et il était positif et réel toutes les fois qu'elle rejetait la déclaration du contribuable. Quant aux arpentages dont parlent si souvent les *rei agrariæ scriptores*, ils se réfèrent soit à ces opérations requises par l'administration, en cas de contestation sur les contenances déclarées, soit surtout aux terrains concédés à des colonies de vétérans, et désignés sous les noms d'*agri limitati* ou *assignati*; c'étaient seulement ces derniers héritages dont il était dressé des plans gravés sur des tables d'airain, plans qui étaient déposés aux archives impériales [1]. La vérité de ma conjecture est prouvée : 1° par le fragment d'un ancien jurisconsulte publié par Pithou en 1572, duquel il résulte que, dans les provinces, le cens se réduisait aux déclarations des contribuables [2], 2° et par le témoignage de Flavius Josèphe, qui atteste que les opérations du cens qui eut lieu à l'époque de la naissance de Jésus-Christ furent terminées, pour la Judée, en moins d'un an [3].

Le cens ne servait pas seulement de base à l'impôt foncier : il était aussi la base de la contribution personnelle et mobilière. Aussi Ulpien nous apprend que la déclaration du contribuable devait comprendre l'âge des membres de sa famille [4], et il en donne immédiatement la raison : c'est que l'âge était une cause d'exemption pour ceux qui étaient au-dessous ou au-dessus des limites dans lesquelles on était imposable. Pour les esclaves, on devait déclarer leur nation, leur âge, leur profession et leur industrie, s'ils en avaient une spéciale [5].

Tous ces objets me paraissent se référer à l'impôt personnel

[1] V. Siculus Flaccus, *De condit. agror.*, p. 16, édit. Goes., et Aggenus Urbicus, *ibid.*, p. 54; Hyginus, *ibid.*, p. 193.

[2] « Sed in civitate romana tantum censum agi notum est : *in provinciis autem* MAGIS *professionibus utuntur.* » Dict fragm.; V. dans Sculting., *Jurisprudentia antejustinianea*, et dans l'Egoga, *Jur. civ.*, t. I, p. 362, Paris, 1822.

[3] *Hist. anc. des Juifs*, liv. XVIII, c. 1-3.

[4] « Ætatem in censendo significare necesse; quin quibus rotas tribuit, ne tributo onerentur. » *Id.*, L. 3, *De censib.*

[5] Dig., L. 4, § 5, *De censib.*

et mobilier, dont les éléments se trouvaient ainsi réunis dans une même matrice avec ceux de l'impôt foncier.

Les peines contre ceux qui éludaient les règles du cens ou qui faisaient de fausses déclarations étaient fort graves : ils étaient battus de verges et vendus comme esclaves, et leurs biens étaient confisqués [1]. Cela prouve toute l'importance attachée aux déclarations.

Les registres du cens s'appelaient *libri censuales* [2], *publici libri* [3], ou polyptiques (*polyptica*), mot qui a passé dans la langue gallo-franque pour désigner les registres des abbayes qui contenaient l'indication de leurs tenanciers et les redevances à elles dues. L'un des plus célèbres est le polyptique de l'abbaye de Saint-Germain-des-Prés, rédigé sous l'abbé Irminon et publié par M. Guérard en 1844.

Ces registres étaient tenus par des agents de l'administration, appelés *censitores* [4], qui étaient chargés de recevoir la déclaration des contribuables, de les contrôler au besoin et d'arrêter les estimations de la valeur imposable [5].

Il y avait au-dessus d'eux des peréquateurs et des inspecteurs [6]. Les peréquateurs étaient chargés de la peréquation cadastrale [7]. Il ne faut pas attacher à ce mot la même signification que chez nous. On sait que nous entendons par là seulement la fixation du rapport ou de la proportion qui existe entre la masse totale des biens-fonds situés sur le territoire d'une commune par comparaison avec la masse du même revenu des autres communes d'un même canton et ensuite de toutes les communes d'un département. Cette opération se fait, en France, par le conseil général du département, avec l'avis d'une commission cantonale et d'une commission départementale [8].

La peréquation cadastrale romaine consistait à corriger toutes

[1] Denys d'Hal., lib. IV, c. 4, n° 10. — « Veluti cum aliquis incensus venierit. » Ulp., *Reg.*, XI, 11. — « Capitale subibit exitium. » Cod. Th., L. 1, *De censitor*. — Conf. Cod. J., L. 2, *De censit.*

[2] Cod. Th., L. 14, *De annon.*

[3] Cod. Th., L. ult., *De censu.*

[4] V. Cod. Th., *De censitor*; — Cod. J., *De censib. et censit.*

[5] V. J. God. Paratitl., ad tit. *De censitor.*

[6] V. Cod. Th., tit. *De censitor.*, *Peræquatorib. et inspector.*

[7] Cod. Th., LL. 4, 5, 6, *De censitor.*; — L. 13, *De senator.*

[8] V., pour les détails, mon *Traité des contrib. dir.* dans mes *Questions et traités de droit administratif.*

les erreurs volontaires ou involontaires commises par les censiteurs, soit entre différentes communes, soit entre les contribuables d'une même commune [1]. C'était une sorte de révision des premières opérations faites par les censiteurs; elle avait pour objet d'établir les bases de l'égalité proportionnelle de la répartition de l'impôt entre les contribuables [2].

Le but de toutes ces opérations est clairement expliqué dans une constitution de Constantin, qui justifie les déclamations de Salvius et prouve que les contribuables puissants écrasaient les faibles en rejetant sur eux le fardeau des impôts; il s'agissait de corriger ces abus d'influence [3]. Les peréquateurs avaient aussi le pouvoir de corriger, au moyen de l'*Epibolè* [4], un autre genre de fraude habituel aux puissants, et qui consistait à céder à des pauvres les terrains improductifs compris dans une même concession, en réservant pour eux les terrains fertiles, tout en se partageant les impôts proportionnellement à l'étendue des terrains. Les peréquateurs contraignaient les riches à reprendre ces impôts dont ils avaient voulu se décharger au détriment de débiteurs pauvres et insolvables envers le fisc [5].

Les *inspecteurs* du cens étaient des commissaires extraordinaires envoyés pour contrôler et reviser les opérations des peréquateurs [6]. Leurs fonctions étaient de même nature que celles de ces derniers. Tantôt ils étaient envoyés d'office par l'administration; d'autres fois c'était sur les réclamations ou les pétitions des contribuables, soit particuliers, soit cités ou provinces [7]. Ils ne se bornaient pas à voir les lieux, à entendre les plaintes, en un mot à instruire les affaires et à faire leur rapport à l'autorité supérieure, ils agissaient et statuaient eux-

[1] Cod. Th., LL. 2, 4, 7, 10, *De censitor*.

[2] « Peræquator nihil aliud est quam *retractor census*. » God., ad D. L. 2. Cod. Th., *De censitor*.

[3] « Quoniam tabularii civitatum per collusionem potentiorum sarcinam ad inferiores transferunt, jubemus ut quisquis se gravatum probaverint, suam tantum pristinam professionem agnoscat. » Cod. Th., L. 1, *De censu*; — Cod. J., L. 1, *eod. tit.*

[4] Sur l'*Epibolè*, V. Cod. J., L. 12, *De omni agro deserto*, et Cujas, obs. IV, 30; Cod. Th., L. 4, *De annon. et trib. et ib. J. Cod.*

[5] Cod. Th., L. 8, *De censitorib.*

[6] Cod. Th., LL. 11, 14, 16, *eod. tit.*

[7] Cod. Th., L. 3, 8, 16, *dict. tit.*; — L. 2, 12, *De indulg. debit.*

mêmes en vertu des pouvoirs qui leur étaient délégués par le préfet du prétoire [1].

C'est en effet l'administration générale, à la tête de laquelle était le préfet du prétoire, et non l'administration financière ressortissant du ministre des finances (*comes sacrarum largitionum*), qui était chargée des opérations du cens. Cela résulte de l'ensemble des lois du Code Théodosien et du Code Justinien sur cette matière, qui sont presque toutes adressées au préfet du prétoire [2], et des dispositions particulières de plusieurs de ces lois [3]. Cela se comprend aisément. En tout pays, les agents financiers n'ont qu'un but : arracher le plus d'argent possible aux contribuables, afin de s'en faire un mérite près de leurs supérieurs, pour obtenir de l'avancement. Il y a ici un autre intérêt supérieur à ménager, c'est la justice et la bienveillance des populations, sans lesquelles les gouvernements les plus despotiques ont peine à se conserver. Le préfet du prétoire, chef suprême de l'administration et de la justice, était mieux placé, pour pondérer tous ces intérêts que le ministre du trésor.

Rien n'était plus redoutable que le pouvoir des peréquateurs. Aussi, pour les contenir dans le devoir, ils étaient punis, s'ils prévariquaient, par la perte de leurs honneurs, par une amende égale au quadruple de leur traitement et par la restitution du quadruple des sommes qu'ils avaient reçues [4].

Nous avons dit plus haut que le renouvellement du cens devait se faire, sous la république, tous les cinq ans. Sous l'empire, il n'eut lieu que tous les dix ans, et plus tard tous les quinze ans. C'est ce qu'on appelait le *cycle des indictions*, c'est-à-dire des contingents d'impôts établis d'après une base fixe. Enfin Honorius, en 416, déclara perpétuel le cens fait par un peréquateur général appelé Agapius [5]. SERRIGNY.

[1] Cod. Th., L. 3, 8, 14, 16, *De censitor*.

[2] V. Cod. Th., *De censu*, et surtout *De censitor.*; — Cod. J., *De censib. et censitor*.

[3] Cod. Th., L. 10 et 11, *De censitor*.

[4] Cod. Th., L. 7, *eod. tit.*

[5] « Peræquationem Agapii in perpetuum manere censemus. » Cod. Th., L. 13, *De censitor*.

DE L'INVIOLABILITÉ DE LA RÉSERVE.

Par M. Ch. Fretel, procureur impérial à Brive (Corrèze).

PREMIER ARTICLE.

§ 1er. — *La réserve ne peut pas être grevée de charges ; — elle peut être assortie de conditions avantageuses.*

La loi 27, Digeste, *Ad legem Falcidiam*, répute non écrite toute condition imposée en fraude de la Falcidie, « ac si ea conditio, quæ fraudis causa adscripta est, adscripta non esset. »

Zénon ordonne par la constitution qui forme la loi 6 au Code *Ad sc. Trebellianum*, que la quarte trébellianique et la falcidie soient fournies aux enfants grevés de substitution, non en fruits, mais en corps héréditaires : « ut omnibus modis retenta quarta pro auctoritate Trebelliani Sc. non per imputationem redituum (licet hoc testator rogaverit vel jusserit) sed de ipsis rebus hereditariis, dodrans restituatur, idemque in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere jubemus. »

Justinien, le législateur de la société convertie au christianisme, puisant l'origine de la légitime à la source du droit naturel, dans l'obligation de nourrir ses enfants et de pourvoir à leur subsistance, prend les dispositions propres à assurer l'avenir de la famille en imprimant un caractère sacré à la légitime. Il en proclame l'inviolabilité par la loi 32, Code, *De inoff. test.*, dans les termes les plus larges, « ut si conditionibus quibusdam vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, modum, vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videatur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcumque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. »

Rappelant le principe général posé par cette loi, il en fait l'application dans une espèce particulière à la loi 36, § 1er du même titre : Un père institue un étranger héritier et lui impose l'obligation de conserver et de rendre à sa mort toute l'hérédité à son fils auquel il n'a pas laissé sa légitime. Justinien se demande si le bénéfice de la substitution qui excède

de beaucoup la légitime, devra en tenir lieu, et il décide qu'il doit être fait distraction de suite, à la mort du testateur, de la légitime, sans attendre la mort de l'institué et sans aucun préjudice du droit de recueillir la substitution.

A la Novelle 18, chap. III, il signale une répartition injuste du patrimoine du père de famille qu'il a remarquée en certains testaments et qui consiste à laisser l'usufruit de l'entière hoirie à l'époux et la nue propriété aux enfants. Il condamne cette répartition, parce qu'elle enlève aux enfants les aliments nécessaires à leur subsistance et fait dépendre leur nourriture de tous les jours du caprice des époux. Il veut dorénavant que la légitime soit laissée en pleine propriété. « Sed modis omnibus ei hujus legitimæ partis quam nunc deputavimus, et usumfructum, insuper et proprietatem relinquat. »

Ces lois ont dégagé de toute gêne la légitime dans l'intérêt des ayants droit. Aussi Le Brun [1] enseigne que les conditions avantageuses qui l'améliorent ne doivent pas être réputées non écrites. L'esprit de ces lois, la raison le veut ainsi. Il cite deux exemples : la clause par laquelle un père stipule que les choses données à sa fille n'entreront pas dans la communauté, mais composeront la légitime; et la clause par laquelle un père prive la mère de l'usufruit légal sur les biens formant la légitime du fils mineur. Les anciens docteurs étaient partagés sur la valeur de ces clauses; les textes du droit romain, notamment l'Authentique, « ut liceat matri et aviæ, » ne paraissaient pas permettre de priver un père de l'usufruit légal. L'article 387 du Code Napoléon admet cette condition d'une manière générale, et les lois romaines sur l'inviolabilité de la légitime, ne peuvent en restreindre la portée, puisqu'elle est avantageuse à ce qu'elles veulent protéger [2].

§ 2. — *La réserve peut-elle consister en fruits à percevoir?*

Quoique la condition, qui portait atteinte à la Falcidie ou à la légitime, fût nulle, dans le droit du Digeste, les fruits à percevoir s'y imputaient : « Fructus enim solere in Falcidiam imputari non est incognitum. » Telle est la décision d'Ulpien à la

[1] *Traité des successions*, liv. II, chap. 3, sect. 4, nos 19 et 20.

[2] V. Troplong, *Comment. des donations*, art. 916, n° 828. — *Thémis*, t. VI, p. 126, al. 3, article de Ducaurroy...

loi 8, § 11, Dig. *De inoff. test.* Ce jurisconsulte prévoit l'hypothèse où un fils, à qui il ne serait dû pour sa légitime que le sixième de la succession, serait institué dans la moitié et chargé de rendre l'hérédité après dix ans, et il décide qu'il ne pourrait intenter la querelle d'inofficiosité, parce que ce fils peut parfaire sa légitime au moyen de la perception des fruits « Nihil habet, quod queratur, quoniam facile potest debitam portionem, ejusque fructus medio tempore cogere. »

On s'est demandé si, depuis la constitution de Zénon, les fruits à percevoir pouvaient encore tenir lieu de la légitime [1]. La constitution, il est vrai, ne parlait que de la quarte trébellianique et de la falcidie. Mais en droit romain, la trébellianique, la falcidie et la légitime, qui avaient une origine commune, ne pouvaient jamais se cumuler; le fils ne devant prélever qu'une quarte, les règles applicables à l'une l'étaient également aux deux autres [2]. Aussi la constitution de Zénon régit la légitime, bien quelle ne parle que de la trébellianique et de la falcidie. Il est évident qu'elle est inconciliable avec le texte d'Ulpien, qui est la loi 8, § 11, *ff*. Zénon ne veut pas que la trébellianique puisse se compenser avec des fruits à percevoir. Ulpien dit, au contraire, que le père peut obliger un enfant à restituer, après un certain temps, ce qui est même nécessaire à former la légitime, s'il lui a donné des biens assez considérables pour que les fruits qu'il en retire, pendant sa jouissance, le remplissent de la légitime. La constitution impériale postérieure à la loi du Digeste, l'a abrogée en intronisant une règle plus conforme à la nature de la légitime. L'esprit du christianisme commence à transpirer dans les institutions du droit civil. Désormais, devant être fournie en corps héréditaires propres à produire eux-mêmes des fruits, elle ne saurait se composer de fruits.

La loi 32 (Code *De inoff. test.*), de Justinien abroge également la loi 8, § 11 au digeste. Elle exige que la légitime soit payée sans retard, « sine declaratione et mora. » Une légitime qui ne se payerait qu'en fruits à percevoir, souffrirait un délai de tous les jours, le payement ne s'opérant qu'au fur et à me-

[1] *Répertoire* de Merlin, v° *Légitime*, sect. 3, § 3, art. 1er. n° 9.

[2] V. Vinnius, *Selectæ quæst. juris*, lib. II, cap. 29, qui nous apprend que le droit canonique autorisa le cumul, mais que les interprètes du droit romain s'accordaient à dire que le fils n'avait droit qu'à une quarte.

sure de la perception des fruits. Fachinée [1] et avant lui Bartole [2], ont embrassé l'opinion de l'abrogation du paragraphe d'Ulpien par les constitutions impériales.

Ce principe posé sur la valeur des perceptions de fruits comme éléments d'imputation, voyons-en l'application en matière de substitutions et de libéralités d'usufruit.

§ 3. — *Des substitutions envisagées au point de vue de l'intégrité de la légitime.*

Il est des cas où les fruits à restituer pourraient absorber la légitime. La loi 18, ff., *Ad senatusc. Trebell.*, formule nettement la règle que les fruits des biens substitués appartiennent au grevé, mais elle permet au testateur de soumettre les fruits à la restitution : « in fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. »

Nous retrouvons dans ce texte d'Ulpien, au 1er § de la loi, sa doctrine émise à la loi 8, § 11, *De inoff. test.*, que les fruits s'imputent sur la quarte « plane fructus in quartam imputantur, ut est rescriptum. » Fachinée [3] se demande si le père peut grever le fils de restituer les fruits des biens qui dépassent la légitime et se prononce pour l'affirmative ; il y a une grande différence entre l'imputation des fruits sur la légitime et cette restitution de fruits. Ce jurisconsulte n'y voit aucune fraude, « nec video ullam fraudem fieri legitimæ, quia jam supponimus filium habere suam legitimam integram in corporibus hereditariis et fructus quoque ipsius legitimæ. »

Un père a laissé à son fils des biens considérables et a grevé les biens excédant la légitime d'une substitution qui portait non-seulement sur les corps héréditaires, mais encore sur les fruits *ad futurum*. Pendant sa vie, le fils a consommé les fruits sujets à restitution ; ils se compenseront avec la légitime et en limiteront jusqu'à due concurrence la demande en distraction formée par les héritiers du grevé. Telle est l'opinion de Fachinée. Surdus [4] rapporte une décision conforme du Sénat de Mantoue.

[1] Lib. V, caput 9, et liber II, caput 70.
[2] *Ad leg. quod de bonis*, § *Quod avar.*, ff., *Ad leg. falcidiam.*
[3] *Controvers.*, lib. XII, caput 71.
[4] *Decisiones sacri mantuani senatus*, § 21. — Le *Répertoire* (vo *Légitime*,

Sous l'empire de la loi du 17 mai 1826, qui permit de substituer la quotité disponible en faveur d'un ou de plusieurs enfants du grevé jusqu'au deuxième degré inclusivement, une substitution embrassant même les fruits des biens substitués serait-elle valable? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Cette loi, n'ayant pas rétabli les substitutions sur des bases entièrement nouvelles, l'ancienne jurisprudence en cette matière doit être consultée sur tous les points sur lesquels il n'y a pas de dérogation. Or rien ne s'oppose, sous la loi du 17 mai 1826, à ce que le grevé soit tenu de la restitution même des fruits, sauf le droit de rejeter une substitution qui n'offrirait aucun avantage. « Cette loi de la restauration, dit M. Troplong [1], fut peu populaire. Les pères de famille en usèrent rarement, en sorte que la loi du 11 mai 1849 qui l'abrogea, n'occasionna pas un trouble sérieux dans les intérêts de famille. » Laissons donc ce terrain qui était si fécond sous l'ancienne jurisprudence, que les mœurs nouvelles ont stérilisé, et plaçons-nous dans le cercle des substitutions officieuses tracé par les articles 1048 et suivants du Code Napoléon.

Les lois 32 et 36 recevaient autrefois deux exceptions, la première, au cas d'une substitution pupillaire qu'on considérait comme avantageuse au légitimaire lui-même. A Rome c'était un déshonneur de mourir *ab intestat*. Les impubères, n'ayant pas la faction active du testament, étaient voués à ce déshonneur. Le législateur vint à leur secours et accorda à celui qui avait leur personne sous sa puissance le droit de disposer de leurs biens et même de leur légitime [2]. La substitution pupillaire partant directement de la personne du père, la mère ne pouvait réclamer sa légitime sur les biens frappés de substitution. La loi ne lui réservait une légitime que sur la succession de son fils et non sur celle de son mari. Ce point de droit reposait sur la loi 8, § 5, *Dig.*, *De inoff. test.*, « Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit : quia pater et hoc fecit, et ita Papinianus respondit. »

sect. 8, § 3, art. 1er, n° 12) cite plusieurs arrêts semblables des anciens Parlements, et, avec les conclusions conformes de Merlin, un arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 1807, qui a sanctionné la même doctrine dans une espèce où il s'agissait de l'exécution du testament de Jean-Baptiste Muy, fait le 6 novembre 1758...

[1] *Com. des don. et test.*, n° 2212.

[2] Ricard, *Traité des substitutions*, chap. 1er, n° 7; chap. 2, n° 60, p. 31.

Cette exception était généralement admise en pays de droit écrit, ainsi que l'attestent Ricard [1] et le *Répertoire* de Merlin [2].

La seconde exception était relative à l'exhérédation officieuse. C'était la disposition par laquelle un père substituait ses petits enfants à son fils prodigue à qui il ne laissait que des aliments. La loi 16, § 2, ff., *De curatoribus furios.*, en était le fondement. Quelques auteurs [3] prétendaient que cette loi 16 avait été abrogée par la novelle 115 qui, parmi les causes d'exhérédation, ne relate pas celle de la prodigalité. Furgole était d'avis que la novelle 18, chap. 3, dérogeait à la loi 16, parce qu'elle ordonnait, ainsi que nous l'avons vu, que la légitime fût laissée en toute propriété. Ce savant jurisconsulte tirait aussi contre cette loi un argument de la loi 9, Code, *De impuberibus et aliis substit.*, qui, au cas d'une substitution exemplaire faite par le père ou la mère d'un fils imbécile, voulait que la légitime fût exceptée de la substitution. Cette loi 9 relative au fils imbécile faisait jurisprudence en nos parlements [4], mais elle était limitée à la situation expressément prévue. L'opinion généralement suivie par les auteurs, consacrée par la jurisprudence tant en pays de droit écrit qu'en pays coutumier, accordait pleine vigueur à la loi 16, ce qui donna naissance à l'exhérédation officieuse ou *bona mente*.

La substitution pupillaire, et l'exhérédation *bona mente* n'ont pas pris place dans le Code Napoléon. L'exhérédation *bona mente* figurait au chapitre 2 du titre 1 *du Projet du Code* sur la puissance paternelle sous le nom de disposition officieuse avec un tempérament propre à en adoucir la rigueur; l'usufruit de la légitime était réservé à l'enfant exhérédé notoirement prodigue [5]. Cependant, lorsqu'un père considérait la prodigalité d'un fils, le Code Napoléon guidé par les mêmes motifs qui avaient fait introduire l'exhérédation officieuse, a mis en son pouvoir le moyen d'assurer l'avenir de la famille. Le chapitre 6 du titre 2, livre III, contient un genre de disposition que les

[1] *Loco cit.*, p. 32.

[2] V. *Légitime*, sect. 5, § 4.

[3] V. *Répertoire* de Merlin, v° *Légitime*, sect. 7, § 1, n° 7.

[4] V. *Répertoire*, v° *Légitime*, sect. 7, § 1er, n° 8.

[5] Locré, *Code civil*, t. VII, p. 3, 15, 18, 27, 39 et 42; t. XII, Proc.-verb. du Conseil d'État, séance du 7 pluviôse an XI, nos 10, 11; Proc.-verb. du Conseil d'État, séance du 14 pluviôse an XI, III, du n° 2 au n° 18.

auteurs appellent substitution officieuse par réminiscence de l'exhérédation officieuse à l'instar de laquelle elle a été instituée. Il est permis à un père de substituer à un fils les enfants de ce fils nés et à naître, mais dans les biens seulement qui forment la quotité disponible. Le Code affranchit la réserve de toute modalité qui l'ébrèche. L'article 1048 porte textuellement que les biens qui pourront ainsi être substitués ne sont que ceux dont les père et mère ont la faculté de disposer. Les lois 32 et 36 rayonnent, sous le Code, dans toute leur vigueur, comme un principe conservateur du patrimoine de la famille, l'article 1094 seul l'entame en faveur du mariage, en permettant de grever d'un usufruit la légitime des ascendants et même celles des enfants, lorsqu'ils sont deux ou un plus grand nombre.

CH. FRETEL.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

OBSERVATIONS PRÉSENTÉES AU CORPS LÉGISLATIF

PAR LE COMITÉ DES NOTAIRES DES DÉPARTEMENTS,

SUR LE

PROJET DE LOI RELATIF A L'AUGMENTATION DES DROITS FIXES ET DE TIMBRE,

ET AUX INTERPELLATIONS A INSÉRER DANS LES ACTES NOTARIÉS [1].

Le bienveillant accueil fait par le Corps législatif aux diverses communications que nous avons eu l'honneur de lui adresser, notamment, lors de la loi de 1859, sur la simplification des saisies immobilières et des ordres, nous engage à lui soumettre, au point de vue de l'intérêt général, quelques observations pratiques sur le projet de loi des finances en ce moment soumis à ses délibérations.

Notre but principal est d'indiquer comment la seule percep-

[1] Le comité des notaires des départements nous demande de publier les observations qu'il adresse au Corps législatif. Nous les reproduisons avec empressement.

tion des droits établis par la loi du 22 frimaire an VII suffira, au moyen de quelques dispositions additionnelles, à procurer au trésor des ressources bien supérieures à celles qu'il s'agit de créer.

Qu'il nous soit permis avant tout d'examiner brièvement le projet de loi et d'en signaler les conséquences.

Occupons-nous d'abord des droits fixes :

L'article 67, § 1er, de la loi du 22 frimaire an VII, tarife à un franc la plupart des actes simples ne contenant aucune énonciation de somme ou valeur, et dans lesquels, le plus souvent, une seule personne agit.

Depuis, la loi du 28 avril 1816 a fait sortir de cette catégorie certains de ces actes, notamment la procuration, le plus usuel de tous, et en a élevé le taux à 2 francs, plus le décime.

Enfin, la loi du 15 mai 1850, article 8, a doublé tous les droits fixes qui étaient restés à l'ancien taux de 1 franc, et a décidé que le moindre droit serait de 2 francs.

Aujourd'hui, si nous sommes bien informés, il serait question d'élever ce dernier chiffre à 3 francs et tous les autres droits fixes dans une proportion analogue.

D'abord, à ne considérer que l'augmentation considérable de la fortune publique, cette surtaxe paraît se justifier ; mais, à côté de la grande et de la moyenne fortune, il y a la petite propriété, la plus intéressante, et toute une série de petits cultivateurs, d'artisans, de manouvriers, et ce qui, pour quelques-uns, est une taxe insignifiante, devient, pour le plus grand nombre, une charge relativement très-élevée, surtout si on l'aggrave par une augmentation de l'impôt du timbre [1].

[1] Souvent les notaires sont appelés à faire des mainlevées d'inscriptions concernant des sommes minimes. Voici quels seraient les *déboursés* d'un acte de cette nature sous l'empire du nouveau projet de loi :

Timbre de la minute.	» fr.	50 c.	8 fr. 05 c.
Enregistrement.	3	30	
Timbre, expédition.	1	50	
Radiation.	1	50	
Port, aller et retour.	1	»	
Légalisation, s'il y a lieu.	»	25	

Il est d'autres actes qui entraîneraient à des droits absorbant et au delà la valeur de la propriété transmise. Telles sont les notifications à fin de purge, où, pour l'assiette de l'impôt, le receveur multiplie le nombre des vendeurs par celui des acquéreurs. Ainsi une notification d'une seule vente aux en-

Les droits simples appliqués indistinctement à tous les actes ne se justifient qu'à la condition que le chiffre en sera très-modéré. Sous ce rapport, nous estimons que la loi de 1850 a accompli tout ce qu'il était raisonnablement possible de faire, et qu'il y a lieu de respecter ce sage tempérament.

Les considérations qui précèdent s'appliquent, par les mêmes raisons, à l'impôt du timbre, qui, s'il est extrêmement léger pour la grande propriété, pèse assez lourdement déjà sur les petits héritages, surtout depuis que la loi de 1855 a fait de la transcription une nécessité pour la transmission régulière de la propriété vis-à-vis des tiers.

D'après une statistique, que nous avons lieu de croire exacte, le nombre des ventes d'immeubles s'élèverait annuellement à treize cent mille, répartis comme suit :

Au-dessous de 600 fr.	900,000
— de 600 à 1,200 fr. . .	180,000
Au-dessus de 1,200 fr.	220,000

Dans le premier chiffre, les ventes de 200 francs et au-dessous sont incomparablement les plus nombreuses; c'est donc sur elles que pèserait, s'il était adopté, une notable partie du nouvel impôt.

Prenons des exemples : une vente de 100 francs occasionnera un déboursé de 15 fr. 67 c. [1].

chères, par quinze adjudicataires à quinze créanciers inscrits, engendrerait 742 fr. 50 c. de droits. Tels sont encore les actes de dépôt et les ratifications qui donnent lieu à des droits multiples, s'ils profitent à plusieurs, quoique signés par une seule personne.

1 Déboursés d'une vente de 100 fr. :

Timbre de la minute.	» fr.	50 c.
Enregistrement.	6	05
Timbre de l'expédition.	1	50
Timbre du répertoire, environ.	»	12
Bulletin de dépôt aux hypothèques.	»	50
Timbre du registre des hypothèques.	2	»
Timbre de l'État, s'il est négatif.	»	50
Certificat de non-transmission antérieure.	»	50
Délivrance de l'État, droit fixe et salaires, environ.	4	»
Frais de quittance.	mémoire.	
Total.	15 fr.	67 c.

Une vente de 600 francs, environ 9 p. 100, et enfin une vente de 1,200 francs environ 7 1/2 p. 100.

C'est donc là une sorte d'impôt progressif de la pire espèce, puisqu'il est en sens inverse de la fortune.

Examinons maintenant les moyens proposés pour assurer la perception des droits proportionnels.

Les auteurs du projet de loi paraissent croire, quant aux transmissions immobilières, que les principales dissimulations sur les prix de vente se produisent dans les actes notariés; aussi imposent-ils aux notaires, sous peine d'amende, l'obligation d'interpeller les parties sur la sincérité des déclarations relatives à ces prix.

Ce moyen pourrait paraître efficace si toutes les mutations étaient constatées par actes authentiques; mais on sait que chacun est libre de contracter par actes sous seing privé et qu'on use largement de cette faculté.

Or l'expérience et la pratique des affaires nous autorisent à affirmer que la seule perspective de l'interpellation proposée détournera les parties de l'étude du notaire, et les poussera inévitablement dans la voie dangereuse des actes sous seing privé; de telle sorte qu'au lieu de rester investi de la confiance des familles, ce magistrat de la juridiction volontaire ne leur inspirera plus que défiance et éloignement.

Qui ne sait d'ailleurs que les actes sous seing privé sont le réceptacle de toutes les fraudes? Dans les actes publics, sous l'influence des notaires, les dissimulations de prix, bien autrement dangereuses dans un grand nombre de circonstances pour les contractants que pour l'État, diminuent tous les jours et tendent même à disparaître dans un avenir prochain; tandis que, dans les actes sous seing privé, les parties abandonnées à elles-mêmes, ou recevant trop souvent une mauvaise direction, cèdent facilement aux solicitations de leur intérêt, afin d'échapper, par d'énormes dissimulations, au payement de la plus grande partie de l'impôt.

Au lieu donc de supprimer ou seulement de diminuer les dissimulations dont il s'agit, la loi proposée en augmenterait nécessairement le nombre et l'importance. Ajoutons qu'il est toujours dangereux pour la morale publique de mettre la conscience en opposition avec l'intérêt. Parmi ceux qui continueront à recourir aux actes authentiques, beaucoup affirmeront hardi-

ment la sincérité de leur déclaration mensongère, et ces affirmations de style, en devenant une triste habitude, contribueront à faire perdre le respect de la vérité.

Ce qui précède démontre suffisamment, ce nous semble, que ce n'est pas aux actes notariés qu'il faut s'en prendre pour faire rendre à l'impôt des mutations tout ce qu'il doit légitimement produire, et que, si le législateur veut atteindre le but qu'il poursuit, il faut qu'il attaque résolûment le mal dans sa racine, c'est-à-dire les immunités de l'acte sous seing privé.

A l'occasion d'une question d'impôt, nous ne voulons pas signaler tous les dangers de cette nature d'acte. D'excellents esprits l'ont déjà fait, et nous n'avons rien à ajouter à leurs arguments[1]; nous reconnaissons même que lorsqu'une convention est arrêtée, il est souvent utile d'en fixer à l'instant la preuve par écrit; mais, par une singularité fort illogique, l'acte sous seing privé, qui devrait être soumis à des prescriptions plus rigoureuses que l'acte authentique, jouit au contraire, dans

[1] Voici comment s'exprimait, en 1845, M. Guyho, aujourd'hui avocat général à la Cour de cassation, au sujet des actes sous seing privé :

« Les inconvénients de ces actes sont nombreux et faciles à apercevoir. « Livrés à la rédaction de personnes inexpérimentées, ils sont le plus souvent « obscurs, incomplets, remplis de lacunes et de piéges pour les parties, dont « ils expriment d'une manière infidèle les véritables intentions. Les droits « qu'ils confèrent sont soumis à toutes les incertitudes qui tiennent à la « fragilité de l'instrument destiné à les constater. Une dénégation, souvent « même une simple méconnaissance d'écriture, suffit pour les anéantir. En « vain l'enregistrement leur aura donné date certaine, en vain la transcrip- « tion les aura revêtus du caractère de la publicité légale; ces formalités, « établies pour promulguer le droit, sont impuissantes à le créer. L'acte sous « seing privé entaché d'un vice originel inhérent à sa nature, laissera tou- « jours la propriété soumise aux éventualités les plus menaçantes, jusqu'à « ce que la prescription vienne enfin donner au possesseur de bonne foi la « sécurité que son titre lui refuse.

« Frappés de ces inconvénients, des peuples voisins ont refusé d'admettre « les actes sous seing privé au bénéfice de la publicité. La Faculté de droit « de Grenoble les repousse d'une manière absolue; celle de Caen ne les « admet qu'autant qu'ils auront été déposés chez un notaire; la Cour d'Aix, « qu'autant qu'ils auront été vérifiés et reconnus; celle de Riom, qu'autant « que la publicité ne consistera pas, comme aujourd'hui, dans la transcrip- « tion intégrale du titre. Enfin la Cour de Montpellier, tout en concluant à « leur admission, signale les vices et les contradictions du Code civil sur « cette matière et forme le vœu que ces dispositions soient, sous ce rap- « port, l'objet d'une étude spéciale. »

le système de la loi du 22 frimaire an VII, des priviléges les plus extraordinaires.

Ainsi, s'agit-il de transmissions immobilières et de baux, les articles 20 et 33 de cette loi obligent le notaire à faire enregistrer l'acte dans les dix ou quinze jours de sa date, sous peine de payer personnellement le double droit à titre d'amende.

Mais l'acte sous seing privé n'est assujetti à la formalité que dans les trois mois de sa date (art. 22), et ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que l'amende du double droit est encourue (art. 38).

Ce délai de trois mois peut être prolongé d'une manière indéfinie par les contractants, soit en laissant la date en blanc, soit en faisant un nouvel acte. On sent combien cette liberté, disons mieux, cette licence, ouvre de larges brèches à la fraude. Pendant ce temps de grâce, les immeubles passent clandestinement, mais fort à l'aise d'ailleurs, de mains en mains, et ce n'est souvent qu'à la troisième ou quatrième mutation que le premier vendeur complaisant est appelé à passer un acte régulier au profit du dernier possesseur.

Ce que l'État perd annuellement ainsi ne saurait se calculer.

Ce n'est cependant là que l'un des moyens d'éviter l'impôt des mutations. En effet, avec cette facilité accordée aux actes sous seing privé d'éluder l'enregistrement, les baux d'immeubles ne sont presque jamais soumis à la formalité, à moins que le locataire ne présente peu de garantie, ou bien qu'il n'ait lui-même lieu de craindre les effets d'une expropriation par suite de saisie ou pour cause d'utilité publique. Mais, en raison du taux peu élevé de ces droits, leur perte n'est rien pour le trésor en comparaison des conséquences qui en résultent. Le revenu réel des immeubles n'est ainsi presque jamais connu du fisc. C'est cependant sur ce revenu capitalisé au denier vingt que se perçoivent les droits de mutation après décès. Qu'arrive-t-il alors? L'héritier déclare un revenu du tiers et même quelquefois de moitié au-dessous du revenu réel, ce qui amoindrit dans cette proportion les droits légitimes du trésor. L'administration peut, il est vrai, provoquer des expertises, mais leurs résultats sont si incertains, en raison précisément du défaut d'une base bien établie quant aux revenus, que l'on n'y recourt qu'à la dernière extrémité.

On peut affirmer que si les actes sous seing privé, ayant trait

à la propriété foncière, étaient en tout point assimilés aux actes publics, on trouverait déjà beaucoup plus que les ressources prévues dans l'exposé du projet de loi ; mais nous arrivons à une autre série d'actes sous seing privé.

Pour les conventions concernant les mutations mobilières, toujours même rigueur quant aux actes authentiques, c'est-à-dire droit et double droit, à défaut d'enregistrement dans les dix ou quinze jours de leur date. Tandis que pour les actes sous seing privé la loi n'impose ni délai ni double droit. C'est ce qui résulte de l'article 25 de la loi de frimaire an VII, portant : « *Il n'y a point de délai de rigueur pour l'enregistrement de tous* « *autres actes de ceux mentionnés en l'article précédent, qui se-* « *ront faits sous signatures privées* » (ceux qui sont mentionnés dans l'article précédent sont relatifs aux mutations immobilières et aux baux). Cette tolérance à l'égard des mutations mobilières permet aux parties de ne payer les droits que lorsqu'il leur convient de le faire, et si elles jugent la formalité utile à leur intérêt.

Si, au contraire, le législateur appliquait aux conventions sous seings privés concernant les valeurs mobilières la condition de l'enregistrement dans un délai fixe, avec la pénalité du double droit, il assurerait ainsi la perception sur ces valeurs et atteindrait notamment les ventes de fonds de commerce, les quittances de prix de vente et les ventes de coupes de bois.

Les ventes de fonds de commerce, dans les grandes villes surtout, représentent une valeur considérable, et cependant elles échappent dix-neuf fois sur vingt au payement des droits.

Dans beaucoup de départements, c'est une rare exception quand les notaires sont appelés à constater les quittances de prix de vente au préjudice, non-seulement du trésor, mais encore des contractants.

Quant aux ventes de coupes de bois, elles prennent chaque jour une importance d'autant plus grande que les forêts tendent de plus en plus à passer dans les mains des particuliers. Ces ventes sont faites par la classe la plus favorisée de la fortune, et cependant elles ne sont soumises que bien rarement à l'impôt. Elles sont indiquées à jour fixe, dans un lieu public ; elles attirent un grand concours d'amateurs, on affecte les formes de l'adjudication, le prix se règle en billets, et rien n'est oublié, si ce n'est le payement des droits du trésor.

Reconnaissons donc que dans l'état actuel de notre législation fiscale, les actes sous seing privé relatifs aux transmissions immobilières sont beaucoup trop favorisés, et que, quant à ceux concernant les valeurs mobilières, ils jouissent d'un privilége exorbitant, équivalant presque à une exemption totale du droit.

Mais au moins cette faveur, ce privilége, ces deux dispositions parallèles de la loi de frimaire conduisant, l'une à la perception certaine du droit, l'autre à son atténuation ou même à sa négation, se justifient-elles par quelque raison solide? Il est de principe que les charges de l'État doivent peser également et proportionnellement sur tous les citoyens; que l'impôt est la prime que chacun paye à la société pour obtenir la libre et paisible possession de son bien; que les conventions, dans leur dernière expression, qu'elles soient formées par actes publics ou par actes sous seing privé, sont protégées avec une entière et égale sollicitude, quant à leur exécution finale, par les pouvoirs publics.

Pourquoi donc cette inégalité devant la loi de l'impôt? pourquoi ces délais différents pour l'acte authentique et pour l'acte sous seing privé? pourquoi cette distinction entre les conventions immobilières et les conventions mobilières? pourquoi l'impôt armé de pénalité pour les uns et facultatif pour les autres?

Que les rédacteurs de la loi de frimaire aient admis cette distinction, cela se comprend. En l'an VII, nos législateurs, en présence de la ruine totale du crédit public et privé, étaient fondés à penser que la seule richesse positive, et par conséquent imposable, consistait uniquement dans le sol. Mais aujourd'hui l'immense développement de la richesse mobilière ne permet plus qu'elle échappe à l'impôt.

Nous demandons, en conséquence, que tous les actes sous seing privé emportant mutations mobilières ou immobilières, ainsi que toutes autres conventions, soient soumis à l'enregistrement dans la quinzaine de leur date, sous peine du double droit, le tout sous la réserve des franchises dues au commerce.

Nous avons la conviction que la seule crainte du double droit assurera l'exécution de la loi. Il existerait cependant une sanction plus efficace encore et très-légitime, et sur laquelle nous appelons les méditations du législateur : ce serait d'introduire dans la loi nouvelle les dispositions déjà renfermées dans l'ar-

ticle 40 de la loi du 22 frimaire an VII et dans l'article 5 de la loi du 5 juin 1855, en décidant que tout acte sous seing privé non enregistré dans les trois mois de sa date serait nul de plein droit[1].

Nous n'ignorons pas que cette mesure peut paraître radicale et de nature à effrayer certains esprits imbus de doctrines trop purement spéculatives : La vente, diront-ils, est un contrat que la loi déclare parfait lorsque les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix; ce serait donc porter atteinte à la liberté des conventions que de déclarer nul un acte sous seing privé, par cela seul qu'il n'est pas soumis à une formalité purement extrinsèque.

Mais la loi n'est-elle pas dans certains cas plus radicale encore! n'enchaîne-elle pas bien autrement la liberté individuelle, quand elle astreint, sous peine de nullité absolue, à la forme authentique, le contrat de mariage, la donation mobilière ou immobilière, l'obligation, quand elle confère hypothèque, la simple mainlevée d'un privilége ou d'une inscription hypothécaire? et n'est-il pas tout au moins bizarre qu'on puisse, en vertu d'un acte sous seing privé, inscrire un privilége, alors que la radiation ne peut en être opérée qu'en vertu d'un acte authentique? n'est-il pas plus anormal enfin, qu'en présence de ce privilége si légèrement inscrit, la simple hypothèque conventionnelle, qui ne prend rang qu'après lui, ne puisse être requise qu'en vertu d'un titre public? Nous serions, certes, plus logiques en demandant cette forme pour tous les actes qui intéressent la propriété immobilière, mais notre qualité de notaires nous commande la réserve sur ce point, bien que de semblables dispositions aient déjà pris rang dans les législations de plusieurs pays voisins.

Tout au moins, on ne saurait nier que la vente, régie par le droit civil, n'ait besoin d'un acte quelconque pour en assurer la preuve, puisque, pas plus que le bail, elle ne peut être constatée par témoins et qu'elle trouve sa sanction effective, comme tous les autres contrats, dans l'institution des pouvoirs publics. De là cette conséquence qu'il est juste que celui qui contracte sous l'égide de l'autorité commence par ne pas se soustraire à

[1] Des dispositions, analogues à celles que nous réclamons, existent dans les lois anglaises.

l'impôt légalement dû à l'État. Qu'on ne l'oublie pas d'ailleurs, cette nullité serait purement facultative, puisqu'il dépendrait entièrement des parties de l'éviter.

Tels sont les motifs qui nous paraissent justifier les modifications que nous sollicitons. Les résultats financiers, nous en sommes certains, en seraient incalculables. De graves considérations empruntées à un ordre d'idées puisé dans la nature des choses et dans l'état actuel de notre société, proclament bien haut la nécessité de la mesure proposée.

Depuis l'an VII, la propriété foncière a supporté la plus notable partie des charges de l'État. C'est par elle qu'a grandi et s'est développée cette fortune mobilière qui rayonne aujourd'hui sur le monde entier par ses immenses entreprises. Il est donc juste et moral que l'impôt se répartisse également entre ces deux sources de prospérité.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PREUVES EN DROIT CIVIL ET EN DROIT CRIMINEL,

Par Édouard Bonnier, professeur à la Faculté de droit de Paris, 2 vol. in-8°. Paris, Durand, libraire-éditeur, 3e édition.

Compte rendu par M. Frécier,
président du tribunal de première instance de Sétif (Algérie).

Un livre bien pensé et bien écrit, théoriquement et pratiquement utile, s'adressant tout à la fois au jurisconsulte et au magistrat, au philosophe et au moraliste, quelle meilleure aubaine pour la critique sincère, impartiale et juste!

Aussi n'avons-nous garde de la laisser échapper, et nous la saisissons avec d'autant plus d'empressement qu'à notre connaissance il ne lui a pas encore été rendu pleine justice.

L'ouvrage de M. Bonnier est un peu dans l'ordre juridique ce qu'est dans l'ordre métaphysique le chef-d'œuvre de Male-

branche, la *Recherche de la vérité*, et loin de lui reprocher, avec quelques critiques, d'avoir, dans son introduction et çà et là dans le cours de l'ouvrage, touché aux matières purement philosophiques, nous l'en félicitons sincèrement; comment, en effet, dans un ouvrage qui a pour objet la découverte de la vérité judiciaire, non par des preuves simplement matérielles ou légales, mais par des preuves rationnelles et morales, ne pas coudoyer à chaque pas les règles de la logique et les principes de la morale et de la psychologie? Qu'on se rappelle le mot célèbre de Bacon : « Il n'y a pas d'île dans le domaine de l'intelligence. » A notre avis, jamais ce mot ne put être plus justement appliqué.

Abordons maintenant l'examen du livre de M. Bonnier.

Qui n'a lu en tête de bien des ouvrages modernes ou contemporains qui ont la prétention (la prétention, et rien de plus!) d'être écrits pour les savants et pour les ignorants, pour les commençants (tirones) comme pour les hommes depuis longtemps versés dans les secrets de la science qu'ils veulent enseigner, cette épigraphe devenue banale à force d'être citée :

Indocti discant et ament meminisse periti!

M. Bonnier, hâtons-nous de le dire, car rien ne sied au véritable mérite comme la véritable modestie, M. Bonnier a mieux fait que cela : il a fait fi de l'épigraphe, et prouvé que son livre en était digne à tous égards.

Nous venons de lire et de relire, en nous promettant bien de les relire encore, les deux volumes que le savant professeur a consacrés à l'une des matières les plus vastes, les plus variées, les plus élastiques, et par suite les plus difficiles du droit; ajoutons sans crainte, les plus compréhensives pour ceux qui, comme lui, entreprennent de les traiter non-seulement au point de vue exégétique, mais encore au point de vue historique, et dans ses relations de différences, d'analogie et d'identité avec les législations étrangères.

Dans ses précédentes éditions, M. Bonnier n'avait pas ou presque pas comparé notre droit en matière de preuves avec le droit des autres nations; nous lui savons d'autant plus gré de l'avoir fait dans celle-ci que cette comparaison était tout autrement difficile que celle faite ou plutôt tentée par nos

anciens auteurs entre notre droit et le droit romain. Lisez les auteurs les plus connus et les plus estimés qui ont écrit dans l'ancien droit la monographie des preuves, Danty, Boiceau, Gabriel et leurs annotateurs, ou bien encore ceux qui, comme Jousse, Muyart de Vouglans, Pothier, ont eu l'occasion de s'en occuper, *per transitum*, dans des traités généraux de droit criminel ou civil, vous n'hésiterez pas à affirmer que c'est à peine si l'on y trouve autre chose que de rares et incomplets rapprochements sur notre sujet entre le droit de Rome et le droit de la France. Je ne parle pas des jurisconsultes du XVIe siècle, tels que Mascous, Menochius, Julius Clarus : ils ont apporté dans le commentaire du titre *De probationibus* du droit romain et du droit canonique ces vues étroites et mesquines qui n'ont cédé que bien plus tard le pas à la large et rationnelle méthode des écoles modernes en général, et en particulier de l'école historique.

M. Bonnier, en tant du moins que le permettaient les limites d'un sujet restreint en soi, quoique immense par ses divers points d'affinité et de contact avec les matières les plus importantes du droit, nous paraît, sinon appartenir exclusivement, du moins se rattacher à cette école dans ce qu'elle a de plus universellement accepté, mais élargie et perfectionnée par l'influence d'un certain esprit de critique et de dogmatisme que nous appellerions volontiers l'application dans une juste mesure de l'esprit philosophique à l'étude du droit.

C'est ainsi que dans sa trop courte introduction, il y a telle pensée, telle page sur la nature et la génération de la preuve *in abstracto*, et spécialement de la preuve juridique, qui accusent en même temps les études, la manière et le style d'un homme habitué de longue main à vivre dans l'illustre compagnie de commentateurs comme Cujas et Vinnius, de philosophes comme Bacon et Reid, de publicistes, philosophes et jurisconsultes comme Domat, Montesquieu et Bentham.

Et remarquez que ce que nous disons de l'introduction nous pourrions, sous plus d'un rapport, le dire également du corps de l'ouvrage lui-même. Presque partout, à côté du jurisconsulte nourri, comme le voulait le poëte, des fortes études du texte, de la doctrine et de la jurisprudence, et abreuvé des limpides eaux de la source sacrée, se révèle le moraliste chrétien, le philosophe bienveillant, nous allions ajouter humanitaire,

l'écrivain élégant et habile qui a, en quelque sorte, besoin de se violenter et de se contenir pour ne faire que de rares et sobres emprunts à cette belle et trop méconnue littérature juridique dont les Instituts et le Digeste, si bien imités par notre immortel Cujas et par le premier magistrat de notre Cour suprême, lui fournissaient l'exemple et le modèle.

A ce propos, et pour en finir, à notre grand regret, avec ce que j'appellerai la forme du livre de M. Bonnier, disons encore que son style se distingue par une clarté et une lucidité, mêlées d'une certaine élégance, qui nous a rappelé les plus beaux endroits de Pothier et de Toullier. Son caractère fondamental, c'est une simplicité continue, qui n'exclut pas toujours la force, la chaleur, ni même la couleur et le trait. Si à ces qualités si rarement réunies de nos jours il joignait au degré voulu par le genre didactique du traité quelque chose du mouvement et de l'élévation oratoire des Troplong et des Laferrière, ou de la concision abondante et de la phrase nerveuse et saisissante de M. Giraud, nous lui adresserions volontiers et sans réserve l'*omne tulit punctum* d'Horace.

Mais à qui nous donne déjà tant, il ne serait ni juste ni convenable de trop demander. Telle qu'elle est, la forme du traité de M. Bonnier ne laisse presque rien à désirer. Qu'il publie une quatrième édition, ce dont nous lui offrons l'augure, et nous ne doutons pas que, de même que dans celle qu'il publia aujourd'hui, on ne trouvera ces notables progrès inséparables de toute œuvre qu'un précédent succès oblige son auteur à remettre sur le métier.

J'arrive, il en est temps, au fond même du livre. Resserré que nous sommes dans des bornes trop étroites pour que nous puissions apprécier comme nous le voudrions une œuvre consciencieuse et de longue haleine, nous sommes condamné à nous interdire toute citation, et à ne justifier notre appréciation que par une analyse des plus sommaires et des plus succinctes.

Un mot d'abord de la division de l'ouvrage.

Rien de logique et de rationnel comme elle. Après avoir dit dans l'introduction ce qu'est la preuve, quels sont ses divers modes, quel en est l'objet, quelle en est la marche, c'est-à-dire qui doit prouver et ce qu'on peut prouver, l'auteur, mettant en pratique la méthode indiquée dans cette introduction, s'occupe

dans une première partie, sous le titre d'expérience personnelle du juge ou preuve directe, des descentes sur les lieux et de l'expertise, et, dans une deuxième, de la preuve par autrui ou preuve proprement dite : il traite, dans cette seconde partie, du témoignage en général, preuve par témoins, orale et par écrit, enquête, information,, interrogatoire, comparution des parties, serment, déclaration du demandeur; et tout cela, tant au civil qu'au criminel, devant toutes les juridictions dans tous ses rapports avec toutes les matières de législation, et sous les multiples aspects qui se présentent en droit, en jurisprudence, en doctrine, à Rome comme à Paris, à Londres comme à Berlin, à Vienne, à Pétersbourg, à New-York, voilà, en quelques lignes, l'ensemble du premier volume de l'ouvrage de M. Bonnier.

Le deuxième volume s'ouvre par l'examen des preuves *préconstituées*, en d'autres termes, des actes authentiques, spécialement des actes de l'état civil, et des actes privés. M. Bonnier en expose la notion, en raconte brièvement l'histoire, en analyse les principales applications, soumet au triple creuset des textes, de la jurisprudence et de la raison les nombreuses et délicates questions qu'elles soulèvent. C'est ici surtout qu'on peut remarquer avec quel soin M. Bonnier a eu recours aux rapports législatifs et à l'esprit des arrêts : si nous n'avions maintes fois reconnu, dans le cours de nos recherches juridiques, une vérité de ce qu'affirme quelque part M. Lagrange, aujourd'hui premier président de la Cour impériale de Riom, que les discussions qui ont précédé et inspiré le Code Napoléon sont une mine inépuisable, notre auteur nous l'aurait appris. Vient ensuite la théorie des présomptions, tant simples que légales. Une section spéciale est consacrée à l'autorité de la chose jugée; nous connaissions peu de pages aussi substantielles et généralement aussi exactes que celles de M. Bonnier sur cette grave et difficile matière. Nous en dirons autant de sa section sur l'influence du civil sur le criminel et réciproquement. Il résume habilement l'état actuel de la science sur ce point; il éclaire et enrichit son résumé de vues qui lui sont propres et qui nous ont semblé de nature à jeter un nouveau jour sur des questions indiquées et soulevées plutôt qu'exposées et résolues par nos Codes.

Enfin l'ouvrage se termine par l'énumération, l'examen et

l'application à la théorie des preuves, des règles sur la non-rétroactivité des lois et sur les rapports de nation à nation ou droit international.

Comme on le voit, on ne pouvait écrire un traité plus complet sur les preuves. Il y a là beaucoup à apprendre, beaucoup à se *ramentevoir*, dirait Montaigne; nous remercions M. Bonnier de nous avoir enseigné tant et de si excellentes choses en deux volumes ordinaires, et nous sommes tenté de faire au livre le même reproche qu'à l'introduction : il est trop court.

Je sais bien que l'auteur, à l'exemple des écrivains qui, tout en faisant de la science, n'oublient pas les nécessaires exigences de l'art, a sacrifié généreusement son amour-propre au vain plaisir d'enfanter un trop volumineux traité. Mais nous croyons pourtant qu'il s'est quelquefois montré trop sobre de développements. Il nous serait facile de citer plusieurs pages où il fait effort pour restreindre les limites des longues discussions auxquelles il serait heureux de se livrer; bien différent à cet égard de tant d'auteurs allemands et français, qui, au risque d'étouffer leurs propres idées sous des monceaux d'érudition parasite ou inutile, ne craignent pas d'égarer leur trop débonnaires lecteurs dans un dédale de citations et d'idées qui les éblouissent au lieu de les éclairer.

Il est vrai que partout où les questions qu'il a comme semées sur sa route, en indiquant successivement les principaux motifs de leur solution, offrent généralement un intérêt d'opportunité qui commandaient quelques détails et quelques développements, M. Bonnier n'a pas manqué de donner une discussion plus étendue, ou même, comme sur la question de diffamation envers les morts, un appendice spécial.

Du reste, ce que nous exprimons n'est autre chose qu'un regret, et nous comprenons à merveille que la crainte d'être trop long l'ait naturellement conduit à une sorte d'excès de sobriété, aujourd'hui presque sans exemple.

Et cela se conçoit d'autant mieux que nous ne saurions citer une seule question d'une certaine importance, ayant trait directement ou indirectement au fond du droit ou à la procédure de la preuve civile, criminelle, commerciale ou administrative, que notre auteur ait passée sous silence. Il y a plus, et c'est en cela surtout qu'est le mérite de son travail, il a tout mis en œuvre pour arriver à la vérité juridique : textes de droit

romain, de droit canonique, de droit français, arguments des arrêts, opinions des auteurs, il n'a rien négligé pour apprendre à son lecteur à se prononcer en connaissance de cause comme jurisconsulte ou comme magistrat. Tout autre que lui aurait pu se contenter du cadre de la première et de la deuxième édition ; mais il a voulu, lui, l'étendre dans celle qu'il publie aujourd'hui. Pensant avec raison qu'il lui restait quelque chose à faire, il a confronté le texte de nos lois avec le texte des législations étrangères : pour cela, il a puisé à pleines mains dans les recueils de législation et les ouvrages de droit étranger; l'Angleterre, l'Allemagne, l'Amérique du Nord sont devenues ses plus riches tributaires, sans parler de plusieurs autres pays des deux mondes.

Mais ici encore exprimons un regret. Quelque utiles que soient les efforts de M. Bonnier pour nous faire connaître les législations étrangères sur les preuves, il nous semble qu'ils auraient pu être plus complets : peut-être y aurait-il plus d'une lacune à combler et plus d'un oubli à réparer. Qu'il nous permette de lui faire observer que les législations russe et espagnole, la dernière principalement, sont assez importantes pour mériter des indications plus nombreuses. Sortie, la première d'un amalgame de droit romain, byzantin, allemand et féodal, la seconde d'un je ne sais quel mélange de droit romain, barbare et corrompu, elles présentent à un moissonneur aussi infatigable de riches épis et sans doute aussi des gerbes abondantes : parlons sans figure. Dans le droit espagnol de même que dans le droit saxon, M. Bonnier pouvait, mieux et plus que personne, se livrer à d'intéressants rapprochements et peut-être à de curieuses et piquantes comparaisons avec notre droit.

Mais je m'aperçois que je dépasse de beaucoup les bornes d'un modeste article de revue (ou de journal) : le lecteur me le pardonnera sans doute. Pour qui aime la science de bon aloi, l'érudition de bon goût, la bonne et belle manière de nos plus grands jurisconsultes et philosophes, des Domat, des Pothier, des Toullier, des Troplong, il y a autant de peine à quitter des livres de la lignée de celui que nous venons d'analyser que de plaisir et de profit à les lire et à les méditer pour soi, à les analyser et en écrire pour les autres. C. FRÉGIER.

CHRONIQUE.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION.

Fête de Cujas.

L'Académie de législation de Toulouse a tenu, le 26 janvier dernier, sa séance annuelle. Aux places d'honneur étaient assis Son Exc. M. le maréchal Niel, Mgr l'archevêque, M. le préfet du département, M. le procureur général, M. le recteur de l'Académie. Sur les siéges réservés on remarquait M. Mouromtsoff, conseiller d'État de S. M. l'empereur de Russie, plusieurs magistrats de la Cour et des tribunaux, des membres du barreau, des professeurs de Facultés, etc., etc. L'auditoire était des plus nombreux.

M. F. Sacase, conseiller à la Cour, secrétaire perpétuel, a lu son rapport sur les travaux présentés pendant l'année 1861. En terminant son rapport, remarquable comme d'habitude par l'élévation des idées, l'heureux emploi des transitions et l'élégante sévérité du style, M. Sacase a payé un tribut de regrets à MM. de Savigny, Laferrière et au P. Lacordaire, que l'Académie comptait parmi ses membres honoraires. L'émotion dont l'orateur a paru pénétré en parlant de ces morts illustres a été partagée par l'auditoire.

M. Vidal, avocat, secrétaire adjoint, dans un rapport dont la modestie de l'auteur a vainement cherché à dissimuler les qualités et le mérite, a rendu compte des mémoires que l'Académie avait eu à juger sur la question par elle proposée ou sur le concours libre qu'elle a institué.

L'éloge de Grotius, traité par trois concurrents, n'a pas obtenu le prix entier; mais l'Académie a décerné à M. Caumont, avocat au Havre, une médaille de 200 francs.

Pour le concours, dont le choix du sujet est laissé aux concurrents, M. Brives-Cazes, avocat et juge suppléant à Bordeaux, a reçu une médaille de 100 francs pour son étude juridique sur Ausone.

Enfin M. Rodière, professeur à la Faculté de droit, président, a rendu compte du concours entre les docteurs ou jeunes avo-

cats, lauréats universitaires, pour le prix institué par M. le ministre de l'instruction publique. La lutte a été des plus vives entre le lauréat de la Faculté de droit de Toulouse et celui de la Faculté de Poitiers. Le premier, M. Malavialle, avait eu la majorité d'une voix dans la commission, mais le second l'a emporté à son tour, d'une voix, dans la réunion décisive de l'Académie. M. Baudry-la-Cantinerie a donc obtenu la médaille du ministre. Le rapport de M. Rodière a été, dans la forme, aussi intéressant et aussi piquant que les incidents dont il avait à entretenir l'assemblée.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

BIBLIOGRAPHIE.

RÉGÉNÉRATION SOCIALE DE LA RUSSIE,

Par V. de Porochine. — 1 vol. in-8°. Paris, 1860 [1].

SOLUTION PRATIQUE DE LA QUESTION DES PAYSANS EN RUSSIE,

Par le même. — Brochure in-8°. Paris, 1861 [2].

Compte rendu par M. Batbie, ancien auditeur au Conseil d'État, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris.

Les peuples parviennent à la liberté tantôt par le triomphe d'un mouvement national sur la résistance des princes et des aristocraties, tantôt par l'initiative des souverains. Par la première de ces deux voies, ils arrivent ordinairement à une liberté

[1] Chez Bourdilliat, imprimeur, rue Bréda, 15.
[2] *Idem.*

plus complète et surtout plus rapide que par la seconde; mais cet avantage est compensé par des orages et des déchirements qui n'accompagnent pas les révolutions parties d'en haut. Chez nous, tous les changements politiques ou sociaux sont sortis des victoires de la multitude, et parmi les rois qui sont tombés, ceux-là même qui étaient libéraux ont été vaincus par la liberté dont ils n'avaient su ni calmer les exigences excessives ni satisfaire les besoins légitimes. Triste succession d'événements qui nous a tour à tour donné la liberté sans ordre ou l'ordre sans liberté! Tristes exemples qui ont jeté tant d'âmes dans le découragement; qui ont divisé les meilleurs esprits sur les conditions normales de la société; qui ont fait reléguer parmi les rêveurs les amis de la liberté réglée, et n'ont laissé debout que deux champions armés, les révolutionnaires sans mesure et les partisans à outrance de l'ordre et du pouvoir!

Quoique la transformation sociale de la Russie s'opère par la volonté et sous la direction du tsar, sans secousse ni effusion de sang, je n'ai garde de dire que la destinée du peuple russe ait été plus favorisée que la nôtre; car le jour où l'émancipation des serfs a été décrétée par l'empereur Alexandre II, il y avait soixante-dix ans que les paysans de nos campagnes étaient libres de par le mouvement populaire et bourgeois de 1789. Les souffrances de nos pères nous ont donné une avance d'environ trois quarts de siècle, et comme tout est bien qui finit bien, la précipitation française peut soutenir, sans désavantage, le parallèle avec la lenteur russe.

L'initiative de l'empereur Alexandre II mérite d'autant plus la reconnaissance de ceux qu'elle appelle à la liberté, que l'opinion publique n'aurait pas été assez forte pour faire prévaloir, malgré le tsar, l'abolition du servage. En Russie, la noblesse était trop puissante, le peuple trop ignorant et la bourgeoisie trop peu de chose pour qu'une révolution pût venir de la nation. Ne dirait-on pas que dans les États gouvernés autocratiquement, tout, même la liberté, doit venir du prince? On peut juger par la faiblesse de l'esprit public en Russie des services que rend la classe moyenne. Si le tiers état y avait été plus nombreux et plus puissant, il est à peu près certain que l'empereur n'aurait pas entrepris le premier, l'œuvre de l'émancipation. Cet exemple est de nature à faire voir ce que valent les déclamations du parti populaire contre la bourgeoisie. Nos

paysans payeraient peut-être encore des droits féodaux sans la lutte glorieuse et persévérante de notre tiers état.

A l'époque où le gouvernement russe entreprit ce qu'un manifeste impérial appelle « l'œuvre sainte, » il y avait en Russie (le Caucase non compris) *vingt-deux millions et demi* de serfs des deux sexes en puissance de particuliers. Sur ce total d'hommes et de femmes, un demi-million était attaché aux usines, un million et demi au service personnel de leurs maîtres ; le reste, la grande majorité, formait la classe des cultivateurs. Le nombre des propriétaires nobles ayant des serfs s'élevait (à l'exception du Caucase) à 106,897, parmi lesquels il convient de distinguer d'abord trois classes, savoir : 1° 3,858 grands biens comptant plus de 500 habitants ; 2° 20,165 biens de moyenne grandeur comptant de 100 à 500 habitants ; 3° 79,171 petits biens comptant moins de 100 habitants. Il faut y joindre ensuite une quatrième catégorie de nobles ayant des serfs, mais ne possédant pas de biens ruraux, ce qui complète le total ci-dessus indiqué. Cette dernière catégorie était du reste regardée, depuis longtemps, comme extra-légale, la loi ne tolérant cette espèce de propriété que pour un temps limité, et circonscrivant de plus en plus les droits des propriétaires, en sorte que leur nombre ne cessait pas de décroître même avant l'émancipation.

La situation de fait des paysans était fort diverse, selon la différence des localités et les accidents de caractère et de fortune de leurs maîtres. Au fond, c'est l'usage traditionnel qui fixait les relations réciproques. — Les terres étaient ou domaniales proprement dites, c'est-à-dire cultivées ou exploitées au profit du seigneur par les corvéables, ou communales, c'est-à-dire données à titre de possession indéfinie aux communes de paysans serfs, et partagées par lots entre les familles pour subvenir aux besoins de leur existence. De plus, obéissance, dévouement obligé d'une part, protection et responsabilité devant l'État de l'autre : tels étaient les traits essentiels de servage. La cabane avec ses dépendances (l'enclos), occupée par la famille, lui appartenait, sinon d'une manière absolue, du moins comme une possession plus individuelle, la commune n'en ayant pas la disposition comme pour les champs, les prés, etc.

La loi protégeait la vie du serf et semblait prendre souci de

son bien-être. Mais c'est plutôt à l'influence des mœurs, du bon sens national et de l'équité naturelle que le serf est redevable du bien-être relatif dont il jouit généralement parlant. La législation s'est pourtant beaucoup occupée à régler sa condition. « L'histoire du servage, dit l'auteur de la *Régénération*, suit une marche confuse et irrégulière : c'est une série d'erreurs, de tâtonnements et de rechutes ; mais en somme il y a quelque chose du moins qui ressemble au progrès. » Historien consciencieux, c'est ce progrès qu'il a essayé de retracer, les lois en main, depuis l'époque de l'établissement du servage jusqu'à l'an 1860 de notre ère. Son livre est un récit fidèle, nourri de faits clairement exposés, commentés avec une impartialité judicieuse. Une note spéciale est consacrée au monument législatif du dernier règne, au svode (corps de lois russes) publié en 1833. Le svode peut-être regardé comme un progrès en ce sens qu'il a formulé l'ordre de choses établi et l'a rendu plus palpable. Au fond, c'est une œuvre rétrograde : le svode a aggravé la condition des serfs. Ses auteurs, — une section de la chancellerie impériale, — avaient pour mission de colliger les lois antérieures sans rien innover. Eh bien, ils ont considérablement innové et empiré, sans s'en douter peut-être, rien qu'en cherchant à généraliser, à ordonner, à rendre péremptoires les faits particuliers, que ces lois de circonstance avaient tant bien que mal réglés ou tolérés. Le mutisme forcé de la nation laissa passer cette énormité, l'empereur la sanctionna, et ce Code, trois fois réédité, a présidé près de trente ans et préside encore à la justice et à l'administration d'un empire « où le soleil ne se couche jamais. » Immense déception du pouvoir absolu! Il veut tout faire à lui seul, et il est le jouet des puissances subalternes dont il se sert... Les observations critiques sur le svode sont une des meilleures parties du livre que nous analysons.

L'auteur arrive ensuite à l'examen de la réforme sociale à laquelle il a assisté et pris lui-même une part active. Il discute la marche que l'on a suivie, les mesures qu'on a adoptées, les préoccupations auxquelles on s'est laissé aller. Il en montre l'inanité et s'écrie en terminant : « Nous ne voudrions pas plus *déposséder* que nous n'entendons *exproprier*. Que la possession se transforme! Qu'elle revienne régulière et libre d'anormale et de forcée qu'elle a été jusqu'ici! » Ces mots contiennent le

germe des idées développées plus tard et pour ainsi dire à la veille de la promulgation de la loi, dans sa brochure : *Solution pratique de la question des paysans.*

Voici nos propres opinions à ce sujet :

Le gouvernement russe s'est beaucoup préoccupé de la conséquence qu'aurait l'affranchissement de créer un *prolétariat* dans un pays où il n'en existe pas. Cette appréhension, qui n'aurait agi que faiblement si la réforme avait été entreprise en d'autres temps, a exercé une grande influence sur le comité central, parce que les événements de 1848 ont montré les dangers d'une classe sans moyens d'existence certains. Il est malaisé sans doute de dire où finit et commence le prolétariat, surtout lorsqu'on veut mettre les définitions modernes d'accord avec l'étymologie latine du mot. Mais, laissant de côté la signification primitive de cette expression, reconnaissons que si la liberté du travail a eu les meilleurs effets, elle a produit aussi quelques fruits amers. Pourquoi nier l'évidence? La liberté devait profiter particulièrement aux bons et aux forts, et c'est pour cela qu'elle a contribué à développer partout et surtout dans les grandes villes cette catégorie de travailleurs vivant au jour le jour, sans sécurité parce qu'ils sont sans lien personnel avec les classes supérieures, craignant à tout instant de voir tarir la source qui alimente leur famille, aimant la liberté, et cependant prêts à la maudire dans leurs préoccupations, et la maudissant le jour où le chômage vient réaliser leurs craintes. Le servage rassure l'État par la subordination du peuple à une classe d'hommes plus éclairés, et le paysan par la sécurité de la vie matérielle. Le prolétariat inquiète les souverains par la liberté de ceux qui ont peu d'intérêt à la conservation de l'ordre, et trouble l'ouvrier par l'incertitude du lendemain. Le serf est rassuré, quant à son avenir, mais le présent est sans valeur pour lui : l'énergie, l'initiative, le désir du mieux lui font défaut; son moral en est amoindri, annulé. C'est donc là une situation de laquelle il faut sortir à tout prix. L'ouvrier indépendant est un homme libre et responsable de ses actes, maître de sa destinée, cependant il ne l'est pas d'une manière absolue, et la liberté a ses inconvénients comme ses avantages.

La loi sur l'affranchissement des serfs russes a été faite en vue d'éviter les dangers du prolétariat, tout en donnant la liberté

aux paysans; conciliation difficile, et qui ne peut guère se réaliser qu'au moyen de sacrifices imposés aux affranchis et de restrictions limitant l'affranchissement.

Les bases adoptées par le rescrit du 20 novembre 1857 étaient ainsi formulées : 1° les seigneurs conservent le droit de propriété sur toute la terre de leurs biens; 2° les paysans gardent l'enclos, qu'ils acquièrent en propre au moyen du rachat; 3° des terres cultivables en quantité suffisante pour tous leurs besoins et garantissant leur solvabilité envers le fisc et le seigneur de la terre, seront mises à la dispositions des paysans, qui en payeront la rente soit en argent, soit en travail.

Le développement de ces principes a été confié à des commissions locales et à un comité central, assisté d'une sous-commission qui fut chargée d'unifier les travaux.

La loi qui est sortie de cette élaboration dispose que les terres cultivées par les paysans pour leur compte leur seront cédées irrévocablement, moyennant une rente perpétuelle fixée par la loi. La proportion des terres abandonnées aux paysans est des deux tiers, sauf dans les steppes, où le partage doit se faire par moitié. Par suite, le seigneur garde la propriété et la possession du tiers, et retient sur le reste un droit éminent, représenté par la rente que la loi fait varier selon les localités. Le paysan, réduit à l'état de censitaire, fera ses redevances ou payera la rente, tant qu'il n'en aura pas versé le capital au propriétaire et qu'il ne sera pas devenu lui-même propriétaire du lot de terre à lui assigné. En tant que censitaire, il ne pourra pas l'abandonner.

On se demande si la pensée du rescrit de 1857 n'a pas été altérée? Il est difficile, comme le fait observer M. de Porochine, de reconnaître, dans la rédaction proposée par la sous-commission et adoptée depuis, l'article 1er du rescrit portant : « Les seigneurs conservent leur droit de propriété sur toute la terre de leurs biens. » La différence entre les deux rédactions est d'autant plus évidente, qu'après avoir proclamé le droit des seigneurs, l'article 2 du rescrit ajoutait que les paysans auraient en propre leur enclos. En limitant le droit propre du paysan à l'enclos, le rescrit confirmait la disposition générale contenue dans l'article 1er au profit des seigneurs. L'attribution, moyennant une rente fixée par la sous-commission, des deux tiers des terres aux paysans, et l'interdiction de déplacement imposée à

ces derniers : tout cela est évidemment contraire aux termes et à la pensée du rescrit impérial.

En définitive, cette modification au système primitif est-elle un bien, est-elle un mal? Là est toute la question, car le fait du changement en lui-même n'a qu'une importance secondaire dans une question aussi grave.

On ne peut s'empêcher de reconnaître que le système de la sous-commission viole le droit de propriété des seigneurs et empiète sur la liberté des paysans. Il viole un droit acquis et solennellement reconnu, puisqu'il dépouille les seigneurs des deux tiers de leurs biens. Il porte atteinte à la liberté des paysans en fixant la rente qu'ils devraient débattre eux-mêmes. Plus que cela, il les parque sur ce sol qu'ils ont labouré au temps de leur servage et leur défend de le quitter, à moins qu'ils n'aient acquis ou qu'ils n'acquièrent ailleurs, en toute propriété, une portion de terre strictement définie par la loi. Ceci fait dire avec raison à l'auteur de la brochure que « l'extrême ardeur que le gouvernement mettait à rendre les paysans petits propriétaires avait fini par détourner son attention du but primitif et principal de la réforme, qui est la liberté de tous avec le maintien du droit de propriété sur la terre acquis à la noblesse. »

Toutefois, le projet de loi officiellement conçu par la sous-commission et présenté au conseil de l'empire a passé à l'état de loi, et cette loi a été promulguée le 17 mars 1861.

Nous comprenons que le législateur ait été inspiré par un sentiment de protection bienveillante pour les affranchis. Il a admis comme possible que les paysans ne fussent pas tout à fait libres dans leurs rapports avec des seigneurs auxquels ils obéissaient depuis leur naissance. Pour qu'un homme soit émancipé, il suffit que la loi brise les entraves légales qui l'enchaînent, mais un article de loi ne peut pas soudainement faire prendre à l'affranchi les habitudes de la liberté. L'empreinte de la servitude est profonde, et l'homme émancipé porte longtemps, après l'émancipation, la marque de son premier état. Le législateur a donc pu craindre que dans la fixation de la rente, le propriétaire ne dominât le paysan et ne lui fît accepter des conditions trop onéreuses. A cette pensée bienveillante s'est ajoutée la crainte du prolétariat. On a supposé qu'en retenant le paysan sur le sol et en le forçant, pour ainsi

être, d'acquérir la terre en propre, l'émigration vers les villes serait arrêtée, et que la Russie aurait l'avantage inconnu des autres peuples, d'avoir une population libre et en même temps, attachée à la culture des terres.

Cette manière de voir, ces appréhensions nous semblent peu fondées. Les seigneurs ont plus besoin des paysans que ceux-ci n'ont besoin des propriétaires. Sans bras qui la travaillent, la terre est un embarras plutôt qu'une richesse, tandis que l'ouvrier a une foule de métiers et de professions qui appellent son activité. Le seigneur et le paysan ont l'un et l'autre le sentiment de leur situation respective, et, une fois libre des entraves légales, le cultivateur se serait facilement rendu compte de la force que donne la qualité de travailleur. Ses chances dans le contrat sont donc à peu près égales à celles du propriétaire.

Quant au prolétariat, on lui donne en Russie, dans les sphères officielles du moins, une signification beaucoup trop large, puisqu'on regarde comme « prolétaires » tous ceux qui ne sont pas propriétaires d'immeubles. De là un luxe de précautions gênantes pour la liberté, restrictives de la grande propriété, afin de multiplier à tout prix le nombre des paysans propriétaires. Tout cela est fort exagéré, et nous penchons à croire, avec M. de Porochine, « que le prolétariat qu'on veut éviter pourrait bien naître des mesures même que l'on a cru devoir adopter. »

On voit que les questions traitées dans ces écrits ne manquent pas d'intérêt. Nous dirons qu'elles y sont traitées mûrement, avec prudence et modération. L'auteur connaît les dangers qui sont à redouter, les inconvénients auxquels il faut parer. Il les discute et propose des combinaisons ingénieuses, des solutions puisées aux sources de l'économie politique.

A quoi bon s'en occuper, dira-t-on, maintenant que la question russe est tranchée? Mais d'abord cette question qui touche à la liberté, à la propriété, au prolétariat, a ses aspects généraux et intéresse tout le monde. Puis la loi de 1861 a admis un état transitoire, qui ne deviendra définitif qu'au bout de deux ans, terme dont la moitié est aujourd'hui écoulée. L'année échue a été signalée en Russie par des faits regrettables, qu'il y aurait tout lieu d'attribuer au système qui a prévalu dans la loi. Il n'est donc pas sans intérêt de comparer ce système avec d'autres combinaisons qui ont été mises en avant et de le juger

par celles-ci. Enfin chaque jour, nous discutons la direction donnée aux événements de la révolution française par les hommes de 1789, et nous avons pu lire des ouvrages où l'on traçait rétrospectivement la marche qu'il eût été raisonnable de leur imprimer.

L'œuvre de M. de Porochine, qui a eu son heure d'actualité, est aujourd'hui analogue à celle de ces écrivains.

A. BATBIE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile [1].

Par M. Paul Pont.

DES QUALITÉS DU CONSENTEMENT RELATIF AU MARIAGE ET SPÉCIALEMENT DU MARIAGE CONTRACTÉ PAR ERREUR AVEC UN FORÇAT LIBÉRÉ.

La *Revue* a donné le texte d'un arrêt du 11 février 1861, par lequel la chambre civile de la Cour de cassation, consacrant la pensée de la chambre des requêtes, cassait un arrêt de la Cour de Paris qui avait rejeté la demande en nullité d'un mariage contracté par erreur entre la demanderesse et un forçat libéré.

Cet arrêt, dont j'ai défendu le principe dans cette *Revue* (V. t. XIX, p. 193 et 289 et suiv.), n'avait pas obtenu, au moins dans le monde judiciaire, un assentiment unanime. La solution contraire à celle qu'il faisait prévaloir avait d'énergiques partisans dont il avait trompé les prévisions, et qui, loin de s'avouer vaincus, comptaient bien et n'hésitaient pas à prédire que, la Cour de renvoi aidant, les chambres réunies de la Cour de cassation répondraient par *un solide arrêt de doctrine* à ce qu'ils appelaient dédaigneusement *un arrêt de sentiment*.

La prédiction est arrivée. La Cour d'Orléans, à laquelle l'affaire avait été renvoyée, a fourni en effet aux chambres réunies de la Cour de cassation l'occasion de se prononcer; en conséquence, les chambres réunies ont statué, et, grâce à la chambre criminelle, elles ont, par arrêt du 24 avril 1862, désavoué et condamné la doctrine qui a eu successivement l'appui des deux chambres civiles.

Voici le texte de la décision.

« Attendu que l'erreur dans la personne dont les articles 146 « et 180 du Code Napoléon ont fait une cause de nullité de « mariage ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne

[1] Nous continuerons dans la prochaine livraison la publication du travail de M. Coin-Delisle sur l'article 1525 du Code Napoléon, dont nous n'avons pu donner la suite dans celle-ci. (*Note de la Rédact.*)

« législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-« même;

« Attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être res-« treinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution « frauduleuse de personne au moment de la célébration;

« Si elle peut également recevoir son application quand l'er-« reur procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se « présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la « sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation « qui appartiennent à un autre;

« Le texte et l'esprit de l'article 180 écartent virtuellement « de la disposition les erreurs d'une autre nature, et n'admet-« tent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la « personne et par le résultat de laquelle l'une des parties a « épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir;

« Qu'ainsi, la nullité pour erreur dans la personne reste sans « extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou « des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait « subies, et spécialement à l'erreur de l'époux qui a ignoré la « condamnation à des peines afflictives ou infamantes anté-« rieurement prononcée contre son conjoint, et la privation « des droits civils et civiques qui s'en est suivie;

« Que la déchéance établie par l'article 34 du Code pénal ne « constitue par elle-même ni un empêchement au mariage, ni « une cause de nullité de l'union contractée;

« Qu'elle ne touche non plus en rien à l'identité de la per-« sonne; qu'elle ne peut donc motiver une action en nullité de « mariage pour erreur dans la personne;

« Qu'en le jugeant ainsi et en rejetant la demande en nullité « de son mariage formée par Zoé H..... et motivée sur l'igno-« rance où elle avait été, à l'époque du mariage, de la con-« damnation à quinze ans de travaux forcés qu'avait antérieu-« rement subie B....., son mari, et de la privation des droits « civils et civiques qui en avait été la suite, l'arrêt attaqué n'a « fait qu'une juste et saine application des articles 146 et 180 « du Code Napoléon; — Rejette. »

S'il fallait ne considérer que le côté matériel et pratique des choses, il n'y aurait pas un intérêt appréciable, pour ceux dont cet arrêt froisse les sentiments et les convic-

tions, à en contester la solution. Il ne s'agit pas ici, en effet, de l'un de ces problèmes qui se posent journellement devant les tribunaux, de l'un de ces points de droit où la résistance est commandée en quelque sorte par la pensée qu'une occasion plus ou moins prochaine s'offrira nécessairement à la jurisprudence de rétracter ou de rectifier une fausse doctrine, que, dans un moment d'oubli, elle aurait consacrée. La question tranchée par l'arrêt solennel dont le texte précède est de celles qui, quelque place qu'elles prennent dans le domaine de la théorie, n'apparaissent pas, si ce n'est très-accidentellement, sur le terrain de la pratique. Et en effet, il faut revenir en arrière jusqu'à l'arrêt de 1700, cité par Pothier, pour la rencontrer dans la jurisprudence. Si elle y revient aujourd'hui après un intervalle de cent soixante ans, les circonstances qui l'y ramènent sont, grâce au ciel, trop exceptionnelles pour qu'on ait à compter avec elles. Il est donc permis de dire que le procès terminé par l'arrêt de 1862 restera un fait isolé et purement accidentel dans notre histoire judiciaire; et par cela même, quelque douloureuse que soit dans l'ordre des intérêts privés la page qui vient d'y être écrite, la pratique, je le répète, n'aurait aucune raison de s'en préoccuper.

Mais il y a l'intérêt de la vérité, de la morale, de la loi qu'il faut considérer avant tout. Or, de ce côté, l'arrêt du 24 avril 1862 sera nécessairement, au contraire, l'objet d'une juste préoccupation. Il tranche, en effet, une question qui tient à l'état des personnes, à la constitution de la famille, et qui, par cela même, sort de la sphère des intérêts privés et se place au premier rang parmi les questions de l'ordre moral. Il ne saurait donc, à ce titre, trouver la doctrine muette; et quelque imposante que soit l'autorité d'où il émane, il appellera inévitablement l'examen et la discussion.

Pour ma part, je n'aurai garde de reprendre dans ses détails la démonstration que j'ai tentée dans cette *Revue;* je veux seulement, après avoir reproduit le texte de l'arrêt, faire quelques réserves au profit de l'opinion que j'ai soutenue avec et après beaucoup d'autres, et préciser des doutes que l'arrêt n'a pas dissipés.

La théorie de cet arrêt a pour elle, je l'avoue, une incomparable simplicité. Selon cette théorie, l'erreur dans la personne

qui constitue une cause de nullité de mariage ne s'entend que d'une erreur portant *sur l'identité* de la personne elle-même, et par conséquent elle ramène tout à une simple constatation d'identité. Ainsi, dans toute demande en nullité de mariage pour erreur de consentement, il s'agit de procéder, non pas en jurisconsulte, mais en mathématicien : le juge constate, il ne discute pas! Il peut, il doit prononcer la nullité, si le demandeur lui montre que la personne ou l'individu qu'il a épousé a été frauduleusement substitué à la personne ou à l'individu qu'il voulait épouser; mais toute autre erreur est comme non avenue, et cette erreur portât-elle sur les conditions les plus essentielles, le juge n'a pas à y regarder! Dès que l'identité de la personne est constante et constatée, il doit rejeter aveuglément la demande en nullité!

Qu'il me soit permis de le dire, cette simplicité, qui peut-être a séduit quelques esprits, est précisément ce qui, *à priori*, me tiendrait en défiance. Je ne puis pas me résoudre à croire que, dans une matière aussi grave et sur un point aussi important, le législateur a voulu ne donner au juge qu'un rôle ainsi abaissé! Après tout, si la science du droit est *la plus noble de toutes*, comme M. le procureur général Dupin l'a écrit quelque part, c'est justement parce qu'elle laisse à chacun, au jurisconsulte qui juge comme à celui qui enseigne ou écrit, la faculté de faire usage de sa raison pour arriver à la vérité par la force de l'induction; ceci n'est pas seulement l'honneur du droit, c'en est la nécessité même. Et comment alors ne pas douter *à priori* de la vérité d'un système qui supprime le raisonnement, asservit la pensée, rend la conscience inutile, et plaçant le juge en présence du fait matériel, le condamne à s'incliner humblement devant lui.

Je n'insiste pas sur cette impression première. Je vais au delà, et je demande quel est le fondement du système? Pourquoi, dans les actions en nullité de mariage pour erreur de consentement, tout doit-il être ramené à une simple constatation d'identité? Peut-être l'arrêt solennel du 24 avril 1862 ne s'en explique-t-il pas suffisamment, car il se borne à dire « que le texte et l'esprit de l'article 180 n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne; — qu'ainsi la nullité reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétris-

sures qu'elle aurait subies ; — que la déchéance établie par l'article 34 du Code pénal ne constituant pas par elle-même un empêchement au mariage et ne touchant non plus en rien à l'identité de la personne, ne peut pas motiver une action en nullité de mariage pour erreur dans la personne. » Et dans ceci je ne vois que des affirmations pures et simples, des propositions qui répondent à la question par la question même, et tranchent la difficulté au lieu de la dénouer et de la résoudre.

Mais je consulte, avec l'arrêt, les discussions qui l'ont précédé, notamment les conclusions de M. le procureur général Dupin, et j'y retrouve la raison prétendue des choses. — D'une part, le droit ancien, attesté par Pothier, n'a jamais admis comme moyen de nullité pour cause d'erreur, en fait de mariage, que l'erreur sur la personne même, *sur la personne physique*, lorsque le défaut d'identité était allégué et démontré, *et non l'erreur sur la condition et les qualités de la personne ;* d'une autre part, la discussion du Code au Conseil d'État montre, sans équivoque possible, *que les expressions de l'article* 180 ont été adoptées dans le même sens et pour produire les mêmes effets. — C'est là tout le système, dans la partie, du moins, où il s'affirme ; car je n'en veux pas, quant à présent, toucher la partie critique.

Je pourrais nier d'abord que, même dans l'ancien droit, les erreurs de consentement susceptibles de faire annuler un mariage fussent renfermées dans les limites qu'on leur assigne. A la vérité, on peut opposer les expressions dont se sert Pothier ; mais quelque supérieur qu'il soit, Pothier n'est pas le seul interprète du droit ancien, et d'autres, qu'on peut assurément consulter aussi avec fruit, ont dit nettement que l'erreur, *même sur une qualité de la personne*, était une cause de nullité dans le cas où cette qualité avait été la condition du mariage. Mais je ne m'attacherai pas à ce point que j'ai, d'ailleurs, établi dans ma précédente dissertation, et sur lequel je n'ai pas à insister maintenant. Ce qui importe surtout c'est de voir comment on justifie la seconde affirmation, à savoir : que sur notre question, le Code Napoléon serait un écho fidèle de l'ancienne législation.

Au premier aperçu cela n'est guère croyable, si l'on songe à ce qu'il y a d'essentiellement différent dans le

point de vue respectif des deux législations. Quand le droit ancien, sur cette matière du mariage, s'inspirait du droit canonique, interprète de la loi chrétienne, il faudrait dire que là se trouve la règle de notre législation actuelle qui a voulu faire et qui a fait du mariage un acte ou un contrat purement civil! Cela n'est pas possible, et à ceux qui invoquent les doctrines de Pothier et ne veulent pas d'autre guide, j'oppose, en toute assurance, la doctrine exposée par Pothier, dans son *Traité du contrat de mariage*, sur les empêchements dirimants, soit absolus, soit relatifs. Marcheraient-ils sur les pas de cet incomparable propagateur des doctrines anciennes, dans ce qu'il enseignait, par exemple, à l'occasions des empêchements résultant de la *profession religieuse*, de *l'engagement dans les ordres sacrés*, *de la diversité de religion*, *de l'alliance spirituelle*, etc.? Et, sur tous ces points et sur tant d'autres, tiendraient-ils pour admissibles sous la législation actuelle des nullités de mariage proclamées par Pothier et qui étaient incontestablement admises sous l'ancienne législation? Je n'hésite pas à répondre pour les adversaires éminents que j'ai le regret profond de rencontrer dans cette discussion : ils reconnaîtraient incontestablement que la loi moderne s'écarte en cela de l'ancien droit. Eh bien! elle ne s'en est pas moins séparée en ce qui concerne l'erreur de consentement; et c'est par une méprise évidente qu'on assimile les deux législations en ce point spécialement.

Certes, peu de discussions, au Conseil d'État, ont été aussi confuses que celles auxquelles a donné lieu l'erreur de consentement en fait de mariage. Je pourrais aussi, l'imagination aidant, découvrir, dans ces discussions, bien des choses à l'appui de mon système. Mais je n'y veux prendre que ce qui s'en dégage avec certitude. Et j'y vois que si, d'une part, Portalis, reproduisant la doctrine de Pothier, a dit dans l'Exposé des motifs, que la seule erreur de consentement susceptible de faire annuler le mariage est celle qui porte *sur la personne même, sur la personne physique;* d'une autre part, Tronchet, qui, de même que Portalis, fut l'un des quatre rédacteurs du projet de Code, et dont l'avis a été successivement reproduit par Régnier, Thibeaudeau, Gillet, Boutteville, a dit formellement au contraire : « la loi ne doit poser que le principe sans aller

jusqu'à déterminer les divers cas où il y a erreur, et les principes sont *que le consentement fait le mariage*, qu'il n'y a pas de consentement quand il y a erreur. » De ces deux propositions absolument opposées, quelle est celle qui rend la pensée véritable du Code? C'est la seconde incontestablement. Et ici, je ne suis pas victime de cette illusion qui nous porte à croire que ceux-là pensent le mieux qui pensent comme nous; j'ai ma preuve dans la loi elle-même, dans l'article 146 qui, posant le principe, reproduit, non point la paraphrase de Portalis mais presque la formule même de Tronchet : « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.* »

Et maintenant, comment procède-t-on dans le système que je combats? On met à peu près à l'écart cet article 146 et on cherche exclusivement dans l'article 180 la justification et la preuve de l'homogénéité prétendue du droit actuel et de l'ancien droit tel, du moins, qu'il est défini par Pothier! Il y a là sans doute une nécessité d'argumentation, puisqu'enfin c'est dans l'article 180 seulement qu'on peut trouver les mots précieux « erreur *dans la personne* » qui relieraient la législation nouvelle à l'ancienne. Mais il y a une nécessité de logique à laquelle il faut obéir avant tout; elle commande de laisser à chaque texte son objet et sa physionomie. Or l'article 180 a un objet spécial auquel ne se rattache en aucune façon la question que l'arrêt de 1862 avait à résoudre. Placé dans le chapitre du Code qui règle et organise *les actions en nullité de mariage*, cet article se borne à préciser qui peut exercer l'action quand la nullité procède de ce que le consentement aurait été vicié. Il était donc hors de cause dans un procès où la demande était formée par qui avait bien le droit de l'intenter, et où il s'agissait uniquement de savoir quelles sont les conditions et qualités du consentement relatif au mariage, et spécialement en quel cas le consentement peut être annulé comme entaché d'erreur; le siége de la difficulté était évidemment dans le chapitre du Code où il est traité des qualités et conditions requises pour contracter mariage, et, en particulier, dans l'article 146, qui est relatif au consentement.

Je rétablis donc la discussion sur son terrain véritable; et ici son argument fondamental, qui est dans sa corrélation avec la doctrine de Pothier, manque absolument au système que je combats. Pothier s'occupe, en effet, distinctement, comme les

rédacteurs du Code l'ont fait après et d'après lui, du consentement même et de ses conditions dans un chapitre spécial, relatif *aux choses requises pour que le mariage puisse se contracter* (4e part., ch. 1, nos 307 et suiv.), et puis de ceux par qui les demandes en nullité de mariage peuvent être intentées, dans un autre chapitre spécial ayant pour objet les *cassations de mariage* (6e part., ch. 1, nos 443 et suiv.). C'est à ces deux chapitres du *Traité* de Pothier que correspondent les deux chapitres du Code auxquels les articles 146 et 180 appartiennent distinctement. Mais si les rédacteurs du Code ont emprunté sa méthode et ses divisions à Pothier, ils n'en ont pas reproduit le langage sur tous les points. Et le point sur lequel ils s'en écartent est précisément celui qui est le siége de la difficulté. C'est en effet dans la partie correspondant à notre article 146, que Pothier pose la thèse que la seule erreur de consentement susceptible de faire annuler le mariage serait celle qui tombe sur la personne même, sur la personne physique. Or non-seulement l'article 146 ne reproduit pas cette thèse, mais encore il ne dit pas un seul mot qui la rappelle : il lui substitue le principe général « qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement! »

Ainsi le système consacré par l'arrêt de 1862 manque par la base même. Ainsi, il n'est pas permis d'exciper des termes de l'ancien droit pour dire que le législateur moderne les ayant maintenus n'a pu vouloir changer les idées. La vérité est, au contraire, que les termes éminemment restrictifs de l'ancien droit ont été remplacés, dans la loi nouvelle, par une formule générale des plus compréhensives : c'est donc le fond même des choses qui a été changé.

Reste à déterminer la mesure dans laquelle le changement a été opéré; à cet égard, je n'ai qu'à résumer le système développé dans ma précédente dissertation.

Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement : voilà la règle. Par conséquent il n'y a pas de mariage quand le consentement n'est pas valable, spécialement quand il a été donné par erreur.

Est-ce à dire que toute erreur de consentement soit susceptible de faire annuler le mariage? Non, sans doute. Il faut, suivant la règle commune aux contrats en général, que l'er-

reur porte sur la substance même de la chose qui est l'objet du contrat.

Or quel est l'objet du contrat dans le mariage? C'est la personne dans sa constitution civile.

Donc le mariage sera justement annulé dans tous les cas où, après avoir reconnu, *en droit*, que l'erreur alléguée par le demandeur a porté sur les éléments constitutifs de la personne civile, les juges pourront constater, *en fait*, que cette erreur a réellement produit le consentement.

Mais ce système a été attaqué dans son principe même, par M. le procureur général Dupin; et c'est ici ce que j'appelais tout à l'heure la partie critique de l'opinion que je combats.

« Jusqu'ici, a dit le savant magistrat, on avait pu croire que l'homme était un, mais à présent on le dédouble; on s'empare d'une moitié de lui-même pour faire le procès à l'autre; et ne pouvant s'attaquer à la personne physique, *la seule que la loi ait eu en vue*, on s'attaque *à ce qu'on appelle idéalement la personne civile*. Cette fiction est inadmissible. — Non, il n'y a pas deux personnes dans le même individu. Les qualités civiles séparées de la personne physique ne font pas une personne entière. Les qualités sont des abstractions, elles n'ont ni corps ni âme, elles n'ont pas de moi. Elles ne constituent pas un être à part, un second être. Essayez de photographier la personne civile! »

Il y a là sans doute une de ces saillies qui peuvent frapper les gens du monde, auxquels M. le procureur général a justement trouvé bon de s'adresser aussi dans une cause dont l'opinion publique s'est vivement préoccupée. Mais le légiste, le jurisconsulte cherchent avant tout l'argument juridique; je crains qu'ils ne le trouvent pas ici.

Tout ce que dit M. le procureur général des *qualités civiles* de la personne, on peut le dire également des qualités morales. Celles-ci pas plus que celles-là n'ont ni corps ni âme; elles n'ont pas de moi. Essayez donc de photographier l'abnégation, le désintéressement, la générosité, le courage, la probité, etc.! Mais de ce que vous posez devant la photographie un problème insoluble, s'ensuit-il qu'il faille nier la probité, le courage, la générosité, l'abnégation, le désintéressement?...

Il n'y a certes pas plus de raison de nier la *personne civile*,

parce que nos yeux ne l'aperçoivent pas et que la photographie ne la peut pas reproduire séparément de la personne physique. Et j'imagine que les rédacteurs du Code seraient tombés dans une grande surprise si ce point avait été mis en question devant eux. Est-ce qu'ils n'avaient pas décrété la mort *civile?* Est-ce que l'effet de la mort civile n'était pas précisément d'atteindre et de supprimer, dans la personne, non pas l'individu même, mais l'ensemble de ses qualités civiles, de ses droits civils, la personne civile en un mot et non pas la personne physique?

Ce n'est donc pas *idéalement,* comme le suppose M. le procureur général, que l'on parle de la personne civile. La personne civile existe incontestablement; et la preuve irrécusable qu'elle *existe* dans la pensée du Code Napoléon, c'est qu'elle pouvait *mourir* d'après ce Code, tel qu'il était sorti des mains de ses rédacteurs.

J'irai plus loin encore : prenant ici le contre-pied d'une affirmation produite par M. le procureur général, je dirai que c'est particulièrement la personne civile qui a été l'objet des préoccupations de la loi.

Et comment en douter? Reportez-vous au premier livre du Code Napoléon, au livre intitulé *Des personnes*, et dites si quand il traite successivement de la jouissance et de la privation des droits civils, des actes de l'état civil, du domicile, de l'absence, du mariage, de la paternité et de la filiation, de l'adoption, de la puissance paternelle, de la minorité et de la tutelle, de la majorité et de l'interdiction, le législateur songe en aucune manière à la personne physique, et si ce qu'il règle est autre chose que ces droits, ces devoirs, ces aptitudes, ces attributs dont l'ensemble constitue l'état et la situation civile de chaque personne, c'est-à-dire la personnalité civile.

Je ne saurais en vérité insister sur un point qui se démontre en quelque sorte de lui-même; et je maintiens mes conclusions premières, à savoir que l'objet du contrat dans le mariage étant la personne dans le sens où elle est définie par la loi, c'est-à-dire la personne dans sa constitution civile, il peut y avoir nullité de mariage pour erreur de consentement, lorsque l'erreur a porté sur les éléments constitutifs de la personne civile.

Ceci posé, la question spéciale n'est-elle pas résolue? N'est-il

pas vrai qu'on imaginerait difficilement une situation où la personnalité civile soit plus profondément atteinte et altérée qu'elle ne l'est dans celle du condamné à une peine infamante? Et alors comment la femme qui s'est mariée par erreur avec un forçat libéré ne serait-elle pas dans le cas de demander la nullité de son mariage pour erreur de consentement?

C'est, disent et M. le procureur général Dupin et l'arrêt solennel de 1862, que la dégradation et les déchéances résultant de la condamnation ne constituent pas par elles-mêmes un empêchement au mariage. Mais vraiment la question n'est pas là! Quelle corrélation peut-il y avoir en effet entre l'empêchement au mariage et la nullité du mariage contracté? Aucune évidemment; sans quoi il faudrait dire que la nullité ne pourrait pas être prononcée même dans le cas d'erreur sur la personne physique, puisqu'il n'y aurait pas plus empêchement au mariage de la personne dans cette espèce qu'il n'y en a, dans la nôtre, au mariage du condamné. Donc l'argument prouverait trop, et par cela même, il ne prouve pas assez.

Au surplus, M. le procureur général ne s'y est pas tenu, et abordant la difficulté réelle, il s'est attaché à établir qu'après tout les droits dont le condamné est privé ne réagissent pas sur le mariage, et que la privation de ces droits ne rend pas le mari impropre à remplir sa mission.

Je ne sais pas si l'argumentation, toujours vive en cette partie, paraîtra toujours concluante; quant à moi, je n'ai pas été convaincu.

Ainsi est-il bien vrai que le condamné libéré ait tout ce qu'il faut, comme le dit M. le procureur général, pour accomplir, vis-à-vis de sa femme, le devoir de protection que la loi lui impose? Cela peut être si l'on ne tient compte que de la force matérielle; mais quand on se préoccupe de la situation morale, de la position qui tient à l'honneur du nom et qui bien mieux et plus sûrement que le pugilat commande le respect et la considération, il faut dire que tout manque au condamné libéré.

De même, je ne crois pas que ce soit peu de ne pouvoir pas être tuteur des enfants d'autrui; et quand M. le procureur général se borne à dire que tout ce qui résultera de là c'est que les biens du condamné ne seront pas exposés à être grevés d'une hypothèque légale au profit d'enfants étrangers, j'estime que c'est encore accorder beaucoup trop au côté matériel des choses,

et je demande comment l'affranchissement des biens du condamné, à supposer qu'il ait des biens, pourrait compenser, aux yeux du monde et de sa femme, l'infamie qui ne permet pas de lui confier les fonctions de tuteur.

Pareillement, c'est plus encore de ne pouvoir pas être tuteur de ses propres enfants sans l'agrément ou l'autorisation du conseil de famille; et quand M. le procureur général répond à cela que la veuve qui se remarie est, sous ce rapport, dans le même cas que le condamné, je dis que ce n'est pas tout de voir les effets, qu'il faut surtout regarder aux causes, et que c'est une cause infamante qui rend l'intervention du conseil de famille nécessaire, pour le condamné qui veut avoir la tutelle de ses enfants!

Mais pourquoi insister sur cet examen de détails? Il y a un texte qui répond à tout : c'est l'article 232 du Code Napoléon, aux termes duquel « la condamnation de l'un des époux à une peine infamante *sera pour l'autre époux une cause de divorce.* » Si la loi supposait que la condamnation à une peine infamante n'est rien ou qu'elle est peu de chose; notamment si elle n'estimait pas que les déchéances et la dégradation qui en résultent réagissent sur le mariage, comment donc aurait-elle vu dans une telle condamnation une cause suffisante pour faire rompre le contrat?...

Et puis, il y a une autre induction que je tire de ce même article 232 : dès que la condamnation survenue au cours du mariage peut avoir pour effet la dissolution du contrat, survenue auparavant, elle en doit empêcher la formation. Cette induction a été contestée parfois; mais la fausseté prétendue n'en a jamais été démontrée.

Il ne suffit pas en effet de dire que la nullité et le divorce reposent sur deux principes d'un ordre différent, et que si l'article 232 a autorisé le divorce pour le cas qu'il prévoit, aucun article n'a prononcé la nullité pour le même cas. Cette fois encore, je dis : la question n'est pas là! Quel que soit le principe d'où procèdent respectivement le divorce et la nullité, il est certain que si le divorce est autorisé par l'art. 232 dans le cas qu'il prévoit, c'est parce que le condamné a dégradé son existence civile, et s'est placé sous le coup d'empêchements et d'incapacités qui ne lui permettent plus de remplir dans toute leur étendue les obligations naissant du mariage. Or cette dégradation de l'exis-

tence civile, ces incapacités, ces empêchements sont également les conséquences d'une condamnation antérieure au mariage ; celui qui l'avait encourue s'était mis dans le cas de ne pouvoir accomplir dans toute leur étendue les obligations qu'il contractait en se mariant. Il y a donc là une corrélation nécessaire, et la raison résiste à l'idée que le même fait qui, lorsqu'il se produit au cours du mariage, autorisait la rupture du contrat quand le divorce était admis, ne puisse pas être invoqué comme en ayant empêché la formation, lorsqu'il s'est produit avant le mariage. Si le législateur ne s'en est pas formellement expliqué dans le chapitre du Code relatif aux nullités de mariage, c'est qu'il n'a voulu formuler aucune des nullités pouvant résulter des vices du consentement, et s'est borné à poser ce principe, qui les embrasse toutes : « il n'y a pas de mariage quand il n'y a point de consentement. »

Mais alors où s'arrêtera-t-on ? C'est la dernière objection. Il faudra donc ramener dans notre jurisprudence les questions d'impuissance et la scandaleuse épreuve du congrès ! Il faudra donc ouvrir la carrière à toutes les erreurs de consentement, à celles qui porteront sur les qualités morales, sur la fortune, sur la noblesse, sur la religion ! Il faudra donc annuler le mariage contracté par erreur avec la femme que l'on croyait légitime et qui est bâtarde, avec celle que l'on croyait vertueuse et qui était prostituée ou déjà enceinte des œuvres d'autrui, etc.!

Je le répète, après l'avoir dit dans ma précédente dissertation, aucune de ces exagérations n'est dans le système que je défends.

Et d'abord je mets à l'écart les questions d'impuissance qui ne touchent en aucune manière aux questions procédant des vices du consentement. Le pudique Pothier, pour me servir de l'expression de M. le procureur général Dupin, ne s'y est pas trompé. Il traite de l'impuissance, non pas à l'occasion du consentement, mais dans le chapitre relatif aux empêchements dirimants absolus ; il voit là une *incapacité de mariage* en ce que l'impuissance est *un obstacle à la fin principale du mariage*, et il admet que le contrat doit être rompu quand il a été formé en violation et au mépris de cet empêchement (V. n°s 96 et suiv.), sans s'effrayer, d'ailleurs, du congrès, par la raison toute simple que déjà deux cents ans avant les lois actuelles, nos pères avaient supprimé cette épreuve scandaleuse. Si donc les

questions d'impuissance rentrent dans notre jurisprudence, ce n'est pas le triomphe de mon opinion qui les y ramènerait; elles y reviendraient plutôt, et non sans quelques bonnes chances, à la suite de l'arrêt de 1862, qui donnant à la doctrine de Pothier un complet assentiment sur un point important, sera comme une invitation à l'invoquer sur un autre.

Et maintenant insisterai-je sur les autres hypothèses? M. Hébert l'a dit avec raison devant la Cour d'Orléans : « Ce sont des fantômes dont on effraye l'imagination pour empêcher la raison de s'attacher à la réalité. »

La réalité c'est que l'objet du contrat dans le mariage étant la personne dans sa constitution civile, il n'y aura, en droit, d'erreur de consentement susceptible de faire annuler le mariage que celles qui porteront sur les éléments constitutifs de la personne civile. Or, les qualités morales, les titres nobiliaires, les conditions de religion ou de fortune n'entrent pour rien dans ces éléments. Donc l'erreur qui ne porterait que sur ces conditions ou qualités ne pourrait pas servir de base à une demande en nullité de mariage pour erreur de consentement.

Telle est la réalité; telle est, dans ma conviction intime, la pensée de la loi. L'entendre ainsi c'est admettre sans doute qu'un mariage contracté par erreur avec un forçat libéré peut être annulé; mais c'est la mettre d'accord avec la conscience publique, et par cela même c'est lui prêter une force dont elle ne saurait se passer. PAUL PONT.

DU CARACTÈRE DES CHEMINS RURAUX.

Par M. Flandin, conseiller à la Cour impériale de Paris.

I.

La loi du 21 mai 1836, qu'il serait trop ambitieux d'appeler le Code de la petite voirie, a créé trois classes de chemins vicinaux : ceux de grande, de moyenne et de petite communication (art. 1, 6 et 7). Elle n'a point parlé des chemins *ruraux* qu'on a coutume de distinguer des chemins *vicinaux* proprement dits, ceux-ci servant aux communications des

habitants, ceux-là n'ayant d'autre destination que l'exploitation des terres. Serait-ce que les chemins vicinaux, ceux qui servent aux communications des habitants, ont seuls la qualité de chemins publics, et que les autres ne doivent être considérés que comme des chemins privés; que les premiers seuls appartiennent au domaine public municipal, et que les autres, quoique grevés de la servitude de passage, sont la propriété particulière des riverains?

Telle est la question que je me propose d'examiner.

II.

C'est, à mon sens, une hérésie, en droit, des plus grandes que de prétendre que tout chemin qui ne sert pas aux communications des habitants, qui n'a d'autre destination que l'exploitation des fonds qu'il traverse, que tout chemin rural, en un mot, est la propriété des riverains. Si un pareil principe venait jamais à prévaloir, ce serait la ruine de notre agriculture; car il ne faudrait pas connaître l'esprit des habitants des campagnes pour penser que les riverains s'entendront jamais, je ne dirai pas seulement pour tenir ces chemins en bon état d'entretien, mais pour y faire les réparations les plus indispensables. Et combien, dans une commune, y a-t-il de chemins de cette espèce? Sur dix chemins sillonnant, en tous sens, le territoire de la commune, il y en a un ou deux, tout au plus, auxquels on puisse reconnaître le caractère vicinal; tous les autres sont des chemins ruraux, qui vont être, du même coup, si on les déclare chemins privés, soustraits à l'action tutélaire de l'autorité municipale, et livrés à tous les caprices des riverains, qui pourront, si cela leur plaît, en interdire l'accès au public, convertir un chemin de voiture en un simple sentier, changer la direction du chemin ou même le supprimer tout à fait.

De pareils résultats seraient trop contraires à l'intérêt public pour que le principe d'où ils découlent soit vrai.

Aussi ce prétendu principe ne se trouve-t-il écrit nulle part, et ne s'est-il accrédité, dans quelques esprits, que par une fausse interprétation de la jurisprudence. Je vais le démontrer.

III.

Si l'on remonte aux lois romaines, source première de notre

législation, on pourrait croire, au premier abord, qu'elles considéraient les chemins ruraux comme des chemins privés.

Viarum quædam publicæ sunt, porte la loi 2, § 22, D., *Ne quid in loco,* etc., *quædam privatæ, quædam vicinales... Privatæ sunt quas* AGRARIAS *quidam dicunt.*

Mais il y a, d'après la loi romaine, deux espèces de chemins ruraux : ceux dont les riverains justifient avoir fourni le sol, et sur lesquels le passage n'est exercé par le public qu'à titre de servitude : ceux-là sont des chemins privés ; — et ceux dont le sol, quoique fourni originairement peut-être par les riverains, mais sans qu'ils puissent en justifier, *quarum memoria non extat,* est réputé propriété commune. C'est la distinction qu'indique le § 23 de la loi précitée :

Privatæ viæ dupliciter accipi possunt : vel hæ quæ sunt in agris QUIBUS IMPOSITA EST SERVITUS *ut ad agrum alterius ducant; vel hæ quæ in agros ducunt, per quas omnibus permeare liceat, in quas exitur de viâ consulari, et sic post illam excipit via, vel iter, vel actus, ad villam ducens. Has ergò, quæ post consularem excipiunt, in villas vel alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse.*

Sur quoi, Pothier, dans ses Pandectes, fait la remarque suivante : *Publicas : scilicet quoad usum. Quoad solum autem, ità, si memoria non extat ex collatione privatorum agrorum constitutas esse.*

Et, si l'on objectait que les chemins dont il est question dans ce texte sont proprement des chemins vicinaux, la réponse est dans la loi 3, D., *De locis et itiner. pub.*, où l'on voit que le jurisconsulte qualifie de chemins vicinaux, *viæ vicinales,* tous chemins dont il n'est pas prouvé que le sol appartienne aux riverains, qu'ils conduisent dans les bourgs ou villages, ou qu'ils se perdent au milieu des champs ; réservant le nom de chemins ruraux, *viæ agrariæ,* aux seuls chemins dont le public a l'usage, à titre de servitude. *Viæ vicinales,* dit la loi précitée, *quæ ex agris privatorum collatis factæ sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt... Pars earum in militares vias exitum habent, pars* SINE ULLO EXITU INTERMORIUNTUR.

La loi 2, § 21, D., *Ne quid in loco,* etc., dit également, d'une manière générale : *Viam publicam eam dicimus cujus etiam solum publicum est. Non enim sicuti in privatâ viâ, ità et in*

publicâ accipimus. Viæ privatæ solum alienum est; jus tantùm eundi et agendi nobis competit....

Et c'est aux riverains, ainsi qu'on vient de le démontrer avec les textes, à prouver que le sol du chemin leur appartient : de droit, il est réputé public. *Cæterùm*, dit Pothier, sur le § 22 de la loi précitée, *si hujus collationis* (*privatorum*) *memoria non extat*, (*via*) *publica esse censetur*.

IV.

Ces principes étaient ceux de notre ancien droit.

« Les simples *sentiers*, dit le Nouveau Denisart, v° *Chemin*,... doivent aussi être mis au rang des chemins publics, quand le public est en possession de s'en servir depuis très-longtemps. » C'est le *quarum memoria non extat* de la loi romaine.

Et ailleurs : « La suppression d'un chemin de cette espèce (un chemin public) n'intéresse pas seulement les plus proches voisins ; elle intéresse tous ceux qui veulent y passer. »

Le même auteur dit encore que, « lorsqu'un chemin est entièrement abandonné et absolument hors d'usage, le terrain appartient au seigneur haut justicier du lieu de la situation...; » aujourd'hui, au domaine public municipal.

Voici de quelle manière on expliquait le droit de propriété du seigneur sur les chemins existant dans le ressort de sa Justice :

« Les seigneurs, dit le Répertoire, v° *Chemin public*, ont reçu du roi, sans aucune restriction, les grands fiefs qu'ils possèdent : la propriété des chemins qui existaient alors n'a point été exceptée ; ainsi, elle a passé des mains du roi dans les leurs. Maîtres d'une étendue de terrain considérable, les seigneurs, qui ne pouvaient, par eux-mêmes, les mettre en valeur, cherchèrent à faire des concessions;... ils multiplièrent les chemins pour la commodité de leurs vassaux, pour faciliter les communications avec les voisins, et pour introduire le commerce dans les villages qui se formaient. »

Et Fréminville, dans sa *Pratique des terriers*, ajoute que « rien ne peut détruire ce principe que *des titres précis, qui doivent être rapportés par ceux qui contesteraient un droit aussi général*. »

Le principe était absolu; il s'appliquait aux chemins de toute espèce, aux chemins de desserte comme aux autres. L'auteur du *Code des seigneurs hauts justiciers* dit, en effet, que « les chemins de traverse, qui vont de villes à autres, de bourgs, paroisses et villages ou autres lieux, *ainsi que toutes voies et sentiers à pied et à cheval*, appartiennent aux seigneurs hauts justiciers dans la Justice desquels ils sont situés, et font partie de leur domaine, comme en ayant été démembrés pour l'usage et le commerce, les besoins et l'utilité de leurs habitants[1]... »

V.

Arrivons aux lois modernes.

L'article 40 du titre 2 du décret du 28 septembre 1791 contient la disposition suivante :

« Les cultivateurs, ou tous autres, qui auront dégradé ou détérioré, de quelque manière que ce soit, des *chemins publics*, ou usurpé sur leur largeur, seront condamnés à une amende qui ne pourra être moindre de 3 livres, ni excéder 24 livres. »

La Cour de cassation a été appelée, en 1809, sur un réquisitoire de son procureur général, à déterminer le sens de ces mots, *chemins publics*, et voici de quelle manière elle l'a fait par un arrêt du 6 juillet 1809 :

« Attendu que, par les mots *voies publiques*, dont se sert l'art. 605, n° 2, du Code du 3 brumaire an IV, on ne peut et on ne doit entendre que les rues, places et carrefours des villes et villages, et non *les véritables chemins publics*, allant de ville en ville, OU SERVANT A LA DESSERTE DES HÉRITAGES, dont s'occupe spécialement l'article 40, titre 2 du Code rural de septembre 1791, auquel renvoie le n° 9 dudit article 605 du Code de brumaire an IV[2]... »

Ainsi, voici un premier arrêt qui ne fait aucune difficulté de mettre au rang des *chemins publics* les chemins de desserte.

On trouve, il est vrai, la proposition contraire énoncée dans un arrêt antérieur du 19 nivôse an X :

« Attendu... qu'il demeure constant, par les motifs du jugement dont il est question, que le chemin, qui faisait contestation

[1] V. *Rép., loc. cit.*

[2] V. *Rép.*, v° *Chemin public*, n° 5.

entre les parties, n'est qu'un chemin utile à l'exploitation des terres labourables; que, dès lors, il ne peut pas être considéré comme une *voie publique*, mais bien comme un chemin particulier[1]... »

Mais quelle était, dans l'espèce, la question du pourvoi? Le juge de police avait appliqué le n° 2 de l'article 605 du Code du 3 brumaire an IV, qui prononce une amende de simple police contre ceux qui « embarrassent ou dégradent les *voies publiques*. » La Cour casse, parce qu'il a incompétemment jugé. Il avait incompétemment jugé, parce que les mots *voies publiques*, dans le sens de la disposition précitée, s'appliquent restrictivement « aux rues, places et carrefours des villes et villages, et non aux chemins publics » (arrêt précité du 6 juillet 1809). C'était là, comme le dit Merlin, la véritable raison de décider; et, par conséquent, il n'y a pas à s'arrêter au motif, erroné en droit, mais qui pouvait être vrai en fait, que le chemin, objet de la contestation, étant un chemin d'exploitation, ne pouvait être considéré comme une voie publique, mais bien comme un chemin particulier. En tout cas, il y aurait opposition entre l'arrêt du 19 nivôse an X et celui du 6 juillet 1809, et le plus récent témoignerait au moins que la Cour de cassation serait revenue sur la doctrine exprimée dans le premier de ces arrêts.

VI.

Ce n'est pas à dire, cependant, qu'il ne puisse y avoir des chemins de desserte dont la propriété appartienne aux riverains, et sur lesquels, comme le déclare la loi romaine, le passage du public ne s'exerce qu'à titre de servitude. Mais il faut, suivant la remarque de Fréminiville, qu'il en soit justifié par des *titres précis*, parce que tout chemin, de sa nature, est réputé public, s'il n'y a preuve du contraire.

C'est en ne tenant pas compte de cette distinction fondamentale qu'on s'expose à mal interpréter les auteurs et la jurisprudence.

« Les chemins publics, dit Pardessus, se divisent en deux classes. La première comprend les chemins à la charge de l'État... La seconde classe comprend les chemins vicinaux...

[1] V. *Rép.*, v° *Voie publique*, n° 2

Les préfets ayant été chargés, par l'arrêté du Directoire exécutif du 23 messidor an V et par l'Instruction ministérielle du 7 prairial an XIII, de dresser un état des chemins communaux, et cette délégation ayant été renouvelée par l'article 1er de la loi du 28 juillet 1824, l'état, ainsi dressé, suivant les formes prescrites, lorsqu'il n'a pas été attaqué devant l'administration supérieure, ou, s'il a été attaqué, lorsqu'il a été maintenu, attribue à tout chemin qui y est porté la qualité de chemin communal... Mais les chemins, portés sur les tableaux dressés en vertu des lois et des Instructions précitées, *ne sont pas les seuls qui puissent appartenir aux communes* : on n'y place, en général, que les principales communications dont les réparations et l'entretien habituels touchent à la plus grande masse d'intérêts locaux. Une commune peut donc être dans la nécessité de réclamer contre des usurpations, ou de défendre contre des contestations, *des chemins non classés*[1]... »

On lit également dans M. de Cormenin :

« D'après cette loi (du 21 mai 1836), les chemins vicinaux, légalement reconnus et maintenus comme tels, sont seuls à la charge des communes. Ils sont déclarés imprescriptibles (art. 10) ; mais ce n'est pas une raison pour que les autres chemins de la commune cessent d'être *publics*, et que les riverains puissent empiéter sur leur largeur, les encombrer, les intercepter et entraver leur circulation[2]. »

M. Foucard, dans ses *Éléments de droit public et administratif*, t. II, n° 1199, dit aussi :

« En dehors des chemins vicinaux, il se trouve, dans toutes les communes, des voies de communication qui, bien qu'elles aient moins d'importance, sont cependant utiles, à cause des lieux auxquels elles donnent accès. Ces voies de communication ont reçu le nom de *chemins ruraux*. Les chemins ruraux sont des *chemins publics ;* car ils peuvent servir à l'usage de tous ; *ils appartiennent à la commune.* »

Même observation de la part de M. Garnier :

« Les chemins communaux d'un intérêt secondaire, dit-il, c'est-à-dire qui ne sont guère utiles qu'à une partie des habitants de la commune, par exemple, *pour l'exploitation des terres* d'un certain nombre de propriétaires, et qu'on appelle

[1] *Des Servit.*, t. II, n° 216.

[2] *Droit admin.*, t. I, p. 297, note 1, 5e éd.

chemins ruraux, doivent être reconnus et classés par les préfets, sur la proposition des conseils municipaux. Les préfets peuvent, bien entendu, les déclasser, les retirer de l'état, les supprimer, ou les élever au rang des chemins vicinaux... Mais, tant qu'ils conservent leur caractère de chemins ruraux, ce sont des *propriétés communales*, à l'usage spécial, limité, d'un certain nombre d'habitants[2]... »

Un homme des plus compétents sur la matière, M. Herman, ancien préfet et chef de division au ministère de l'Intérieur, dans son article, *Chemins vicinaux*, de l'Encyclopédie du droit, de MM. Sebire et Carteret, s'exprime ainsi, au n° 165 :

« Nous connaissons, en France, trois catégories distinctes de *chemins publics* : 1° les routes royales et départementales; 2° les chemins vicinaux; 3° les chemins qui, sans avoir été déclarés vicinaux, sont cependant à l'usage du public. Ces derniers ont pu ne pas être déclarés vicinaux, tantôt par omission, tantôt, et plus souvent, parce que, quelque utiles qu'ils soient à une partie de la commune *pour l'exploitation des terres*, par exemple, cette utilité n'est cependant pas assez étendue pour que leur entretien soit mis à la charge de la commune; ce qui serait une conséquence nécessaire de la déclaration de vicinalité. La commune a pourtant un intérêt réel à conserver intact le sol de ces chemins et à le défendre contre toute anticipation de la part des riverains... »

Et au n° 469 : « Les chemins ruraux sont des *voies publiques*... Il en est un grand nombre, sans doute, qui pourraient être supprimés, sans inconvénient, et dont le sol pourrait être rendu à l'agriculture; mais il en est beaucoup aussi dont la conservation est indispensable, parce qu'ils donnent accès à une fontaine publique, à un abreuvoir, à un pâturage communal, *ou qu'ils sont nécessaires à l'exploitation de différents cantons de terres arables*. Cette catégorie de voies publiques est, d'ailleurs, devenue beaucoup plus considérable depuis que l'obligation, pour les communes, d'entretenir les chemins vicinaux a déterminé l'administration à reviser les classements anciennement faits. Il est telle commune, en effet, où le relevé général des chemins publics en présentait deux cents, et où, cependant, quinze ou vingt seulement ont été déclarés chemins

[2] *Législ. et jurisp. nouv. sur les chemins et voies publiques*, p. 101.

vicinaux. Les autres se trouvent ainsi virtuellement rangés dans la classe des chemins ruraux... »

Proudhon n'a pas une autre doctrine.

« Quoique l'établissement des routes et chemins vicinaux, dit-il, soit nécessairement fondé sur des décrets de l'autorité, tandis que les chemins ruraux ne doivent, le plus souvent, leur création qu'à l'usage pratiqué par les habitants des lieux, leur existence de *voies publiques* n'est pas moins légale, soit comme étant un effet de l'ancienne coutume : *Inveterata consuetudo pro lege non immeritò custoditur* (L. 32, § 1, D., *De leg.*), soit comme étant le résultat de la prescription acquisitive du fonds possédé, à titre de maître, par le corps moral que nous appelons le public[1]. »

« Mais, continue-t-il, puisque les titres manquent communément ici, à quelles circonstances de fait doit-on s'attacher pour reconnaître le caractère de ces chemins? Et comment doit-on les distinguer, soit des chemins communaux[2], soit des chemins de servitude?

« Leur caractère propre, répond le savant professeur, consiste en ce qu'ils sont établis pour servir de communication entre des lieux habités, pour circuler, de toute manière, de paroisse à paroisse, de village à village, d'une section à une autre section de la même commune, d'un village à quelque hameau, *ou même d'une route à une autre.* C'est par ce caractère visible et certain qu'on doit les distinguer pour les classer au rang des voies publiques » (n° 607).

Quoique Proudhon s'attache, pour caractériser les chemins ruraux et les distinguer des simples servitudes, à ce fait qui est, en réalité, le plus saillant, « qu'ils sont établis pour servir de communication entre des lieux habités, pour circuler, de toute manière, de paroisse à paroisse, de village à village, » il ne donne cependant pas à ce fait un caractère exclusif, puisqu'il admet au nombre des chemins ruraux les chemins qui font communiquer *d'une route à une autre.*

C'est par une interprétation trop littérale de la doctrine de Proudhon que, dans un arrêt récent de la première chambre de la

[1] *Du dom. pub.*, t. II, n° 606.

[2] L'auteur donne le nom de chemins *communaux* à ceux qui sont affectés au service des propriétés de la commune, à ceux, par exemple, qui conduisent aux pâturages communs, à la fontaine, au lavoir public (ch. 33, n°s 635 et s.)

Cour de Paris, à côté de raisons données en fait, et qui peuvent justifier la décision, se trouve un motif de droit dont la portée dépasse probablement les intentions de la Cour, et qui tendrait à établir, en principe, que tout chemin, qui ne sert pas aux *relations personnelles* des habitants, est nécessairement un chemin privé; principe déjà combattu *suprà*, n° II :

« Considérant, dit cet arrêt, que les chemins, dont la propriété est en discussion, ne sont pas des voies de communication créées pour les besoins des habitants de la commune de Saint-Sauveur, et destinées à leur procurer des relations personnelles, en leur permettant de communiquer de village à village, d'habitation à habitation, ou en leur permettant de communiquer avec les habitants des autres hameaux situés sur les communes voisines[1]... »

Ce qui, en réalité, différencie le chemin rural de la servitude, c'est, comme le dit Proudhon, « que les chemins de servitude ne sont établis que pour l'exploitation, la jouissance et la desserte de certains fonds ou immeubles spécialement connus et désignés, tandis que les chemins en question sont affectés à l'usage général de tous ceux qui peuvent avoir besoin ou envie de s'en servir. Dans les chemins de servitude, c'est un fonds qui est débiteur de l'autre; la charge en est toute réelle, qu'on la considère activement ou passivement, puisqu'elle ne peut être imposée ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds (C. civ., 686); tandis qu'ici, c'est comme droit personnel à tout venant que l'usage des chemins ruraux est dû à quiconque se présente pour en profiter... Les chemins de servitude ne sont que des chemins privés, puisque le droit n'en appartient qu'à certains propriétaires, à titre de dépendance de leurs héritages; tandis qu'ici, ce sont des *chemins publics* dont l'usage appartient à tout le monde, à l'étranger comme à l'habitant des lieux, et à celui qui ne possède aucun héritage foncier comme à celui qui en possède beaucoup. — Enfin, le chemin de servitude ne doit, en général, être exercé que dans les saisons où l'exploitation du fonds dominant l'exige; tandis que nos chemins de communications rurales sont légitimement pratiqués en toutes les saisons de l'année, l'hiver comme l'été, la nuit comme le jour » (*loc. cit.*, n° 608).

[1] Paris, 11 mars 1861, aff. Lutzague (*D. P.*, 61, 2, 101).

Mais qu'est-il besoin de toutes ces citations, lorsque nous avons un document officiel et quasi-législatif qui attribue aux chemins ruraux le caractère de *chemins publics?*

Voici ce que porte un Avis du Conseil d'État, du 21 avril 1839, non inséré au Bulletin des lois, mais dont le texte se trouve dans M. de Cormenin[1]:

« Le Conseil d'État, etc.; — En ce qui touche la qualification et le caractère de chemins publics, que le rapport attribue aux chemins qui n'ont pas été classés comme vicinaux, et auxquels ne sont point applicables les dispositions de la loi du 21 mai 1836 :

« Considérant que le droit du public sur les chemins laissés à la jouissance commune dérive d'un acte administratif régulier ou *d'une possession ancienne*, et doit être constaté par l'autorité sous la protection de laquelle cet usage public est placé;

« Est d'avis qu'il convient d'inviter les préfets, sinon à classer comme vicinaux les chemins dont la conservation sera jugée utile par les conseils municipaux, du moins à les faire comprendre tous, quel que soit le degré de leur importance, sur un tableau général et descriptif, avec l'indication de leur largeur, de leur point de départ et de jonction, afin que *la propriété du sol* de ces chemins, ou leur usage commun, soient mis à l'abri de toute atteinte, et que le classement au rang des chemins vicinaux puisse être plus facilement opéré, à mesure que les ressources des communes le permettraient... »

C'est en exécution de cet Avis qu'une circulaire du ministre de l'Intérieur, du 16 novembre 1839, a prescrit aux préfets de faire dresser, dans chaque commune, un état général de tous les chemins ruraux. Lorsque cet état a été dressé, il est déposé, pendant un mois, à la mairie ; des publications annoncent que tous les propriétaires de la commune peuvent en prendre communication et présenter leurs réclamations.

VII.

Sur le point de droit qui vient d'être établi, la Cour de cassation a-t-elle une doctrine différente de celle des auteurs,

[1] *Droit admin.*, t. II, App., p. 36, 5e éd.

différente de celle de l'Avis du Conseil d'État précité? Loin de là.

Suivant un arrêt de cette Cour, du 26 août 1825, aff. Martin[1], « il n'y a d'autres chemins privés que ceux qui sont fermés par des grilles ou barrières. »

Cette proposition, si elle devait être entendue en ce sens que tous chemins non fermés sont *nécessairement* des chemins publics, serait trop générale; car elle serait exclusive des chemins de simple tolérance ou de servitude[2]. Mais ce n'est pas ce que l'arrêt a voulu dire, puisque, dans un autre considérant, il déclare « qu'il appartient exclusivement aux tribunaux civils de statuer *sur les questions de propriété qui peuvent survenir à cette occasion.* » Ce qui résulte de l'arrêt, et cela est important, c'est ceci : que tous chemins, non fermés par des grilles ou des barrières, sont *réputés* chemins publics; que la présomption de propriété, en un mot, est en faveur de la commune.

C'est également ce que déclare une Ordonnance du Conseil d'État, en rejetant la réclamation d'un particulier, qui se prétendait propriétaire de deux sentiers portés au tableau des chemins de la commune :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que *le public était en jouissance des chemins et des sentiers dont il s'agit,* et qu'ainsi c'est avec raison que le préfet de Seine-et-Oise les a portés, et que notre ministre de l'Intérieur les a maintenus au tableau de reconnaissance des chemins vicinaux de la commune de Clichy-en-Aulnois; — Rejette[3]. »

C'est, enfin, ce qui ressort implicitement de nombreux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation, lesquels, en décidant que le juge de police, devant lequel est traduit un individu pour anticipation sur un chemin rural, doit surseoir à statuer sur la contravention jusqu'à ce que l'exception de propriété, élevée par l'inculpé, ait été jugée par les tribunaux compétents, mettent la preuve à la charge de cet inculpé[4].

[1] *D. P.*, 25, 1, 443.

[2] V., au *Rép.*, v° *Chemin de souffrance.*

[3] Ord. du 23 août 1838, aff. Martin-Barmont; *D. P.*, 39, 3, 143.

[4] Cass., 8 mars 1844, aff. Sebastiani; *D. P.*, 44, 4, 313, n° 8. — 1er mars 1849, aff. Michel; *D. P.*, 49, 1, 160. — Rej., 18 juin 1853, aff. Jourdan;

Un arrêt du 25 septembre 1835 porte notamment :

« Attendu que Moreau est prévenu..., d'abord d'avoir supprimé et labouré, en partie, un chemin reconnu vicinal depuis un temps immémorial, et ensuite de l'avoir usurpé et même intercepté, en son entier, par cinq fossés, de distance en distance ; qu'en s'arrêtant devant la question préjudicielle par lui élevée,... le tribunal de simple police lui a régulièrement imposé l'obligation de poursuivre la décision, suivant la maxime : *Reus excipiendo fit actor*, consacrée par l'article 182 du Code forestier, et qui régit toutes les matières susceptibles de son application ; que, néanmoins, le jugement dénoncé a sursis à statuer sur l'appel, par lui déclaré recevable, tant que la commune de Longeville-lès-Metz, ou le ministère public, n'aura pas prouvé qu'il est propriétaire du chemin dont il s'agit ; en quoi il a faussement appliqué la règle : *Actori incumbit onus probandi*;... — Casse [1]. »

On a déjà vu (*suprà*, n° IV) que c'était la doctrine de Frémonville.

C'est aussi celle de M. de Cormenin. Au sujet d'un chemin déclaré vicinal par le préfet, mais dont la propriété, pour partie au moins, est revendiquée par un particulier qui fait admettre sa réclamation par les tribunaux, M. de Cormenin s'exprime ainsi, relativement à l'indemnité due à ce particulier pour la prise de son terrain :

« S'il s'agit d'un chemin existant, l'indemnité ne doit pas être allouée avant le jugement, même lorsque le particulier occuperait, de fait, partie du terrain litigieux ; car il n'y a pas de preuve juridique que le terrain soit plutôt privé que communal, puisqu'il y a litige sur ce point. A défaut de preuve, il n'y a que des présomptions. Or, *la présomption est pour la commune ;* elle repose sur l'existence antérieure et sur la configuration ou les traces apparentes d'un chemin public ; tandis que c'est le jugement définitif qui seul attribue le droit au particulier, et qui fonde une indemnité sur un titre alors certain, jusque-là douteux... La présomption a encore plus de force lorsqu'il y a eu inscription du chemin sur le tableau, parce que cette inscription n'a pu être faite avant que le préfet n'ait

D. P., 53, 1, 319. — Cass., 12 janv. 1856, aff. veuve Blaise ; *D. P.*, 56, 1, 142.

[1] Crim. cass., 25 sept. 1835, aff. Moreau ; *D. P.*, 36, 1, 144.

consulté le conseil municipal et entendu les riverains, qui ont dû, en temps utile, former leur réclamation devant le préfet, et dont le silence fait présumer, soit l'inexistence, soit l'abandon tacite de leur droit [1]. »

Isambert dit également :

« Si l'on n'attribuait aux communes que les chemins ou les rues pour lesquels elles justifieraient de titres, elles en perdraient la majeure partie; car il est certain que les chemins ont été faits, pour la plupart, aux dépens des propriétaires riverains, et par suite d'abandons volontaires. — Sans doute, si le propriétaire avait un titre formel et récent de sa propriété, la commune, en prouvant le fait du passage, ne détruirait pas le titre, et ce ne serait plus qu'une servitude... Mais, si celui qui revendique la propriété du terrain, converti, de fait, en chemin, n'a pas de titre, alors la commune peut opposer, avec avantage, tous les faits de possession : l'article 691 ne peut plus être invoqué contre elle; car, jusqu'au jugement, il y a doute de savoir qui a usurpé, d'elle ou de celui qui revendique. La possession, dans ce cas, est, comme dans toutes les questions de propriété rurale, la principale, et l'on doit toujours se pourvoir au possessoire. La commune y a d'autant plus d'intérêt que *le seul état du chemin est une présomption en sa faveur*, excepté quand ce chemin n'aboutit, comme les avenues des châteaux, qu'à une habitation particulière [2]. »

VIII.

On trouve, cependant, dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation, l'énoncé de la proposition contraire :

« Attendu, dit un arrêt de la chambre des requêtes, que les chemins ruraux sont présumés appartenir aux propriétaires dont ils traversent les héritages, et que les questions de propriété ou de possession, de largeur ou d'assiette desdits chemins, sont de la compétence de l'autorité judiciaire [3]... »

Mais à quel point de vue s'est placée la Cour de cassation dans ces arrêts? Au point de vue de l'action possessoire et

[1] *Quest. de droit admin.*, v° *Chemins vicinaux*, t. I, p. 40.

[2] *Traité de la voirie*, n°s 308 et 309.

[3] Req., 9 déc. 1857, aff. comm. de Doullens; *D. P.*, 58, 1, 28. — Conf. Req., 24 juin 1856, aff. comm. Brie-Comte-Robert; *D. P.*, 57, 1, 91.

de la prescription dont elle déclare que les chemins ruraux sont susceptibles. Pour qu'il en soit ainsi, en effet, pour qu'un chemin puisse être l'ojet de la complainte possessoire et susceptible de prescription, il faut, de toute nécessité, qu'il soit un chemin privé: chemin public, classé ou non classé, il n'est pas susceptible d'appropriation privée; et, comme toute chose placée hors du commerce, il est imprescriptible (Cod. Nap., 2226).

C'est ce que la chambre des requêtes elle-même a reconnu dans un arrêt du 3 mars 1846, aff. de Kerautem, au rapport de M. Mesnard :

« Attendu que la loi du 21 mai 1836 n'a pu porter atteinte aux principes consacrés par cet article (l'art. 2226); que, si elle a déclaré (art. 10) que les chemins vicinaux, reconnus et maintenus, sont imprescriptibles, il ne s'ensuit pas que les chemins non classés, mais non supprimés, et de la nature de celui dont il s'agit dans la cause, aient perdu le caractère de chose publique qu'ils doivent à leur destination et à l'usage qu'on en fait; que, dès lors, l'article 2226 du Code civil reste avec toute son autorité pour les maintenir hors du commerce et en protéger la conservation par le principe de l'imprescriptibilité [1]... »

La première chose à décider, pour savoir si un chemin est, ou non, susceptible de prescription, c'est donc s'il est un chemin public ou un chemin privé; et c'est, il semble, faire un paralogisme que de commencer par déclarer que « les chemins ruraux sont présumés appartenir aux propriétaires dont ils traversent les héritages, » c'est-à-dire que ce sont des chemins privés.

M. le conseiller Mesnard faisait ressortir, avec force, les graves conséquences d'une pareille théorie.

« Le pourvoi soutient, disait-il, que la disposition (de l'article 10 de la loi du 21 mai 1836) est limitative, et qu'elle a pour objet de mettre un terme à d'anciennes controverses, en décidant nettement qu'en fait de chemins *publics* communaux, ceux-là seuls seront à l'abri de la prescription qui auront été classés comme vicinaux.

« Mais n'est-il pas permis de douter que la loi nouvelle ait une signification aussi précise, et, pourquoi ne le dirions-nous

[1] *D. P.*, 46, 1, 83.

pas, aussi perturbatrice? Est-il bien démontré que le législateur de 1836 ait entendu rompre aussi brusquement avec le passé, et trancher, sans ménagement, une question qui méritait un examen d'autant plus approfondi qu'elle se rattachait à des intérêts plus considérables, et qu'elle avait excité un débat plus sérieux entre les jurisconsultes? Pour qu'on se fût décidé à enlever aux chemins publics des communes la protection de l'imprescriptibilité, à les livrer à la convoitise des riverains, dont les faciles usurpations ne trouvent pas toujours un contradicteur bien vigilant, assurément il aurait fallu des motifs très-sérieux, et nous en trouverions, au moins, la trace dans les discussions des chambres législatives [1]... »

Il faut dire cependant que, par un renversement de principes, qui consiste à établir, *à priori*, que tout chemin non classé est *présumé* être la propriété des riverains, la jurisprudence en est arrivée à déclarer la prescriptibilité de ces chemins. Mais plus d'un auteur proteste contre cette doctrine [2]. Le seul texte, en effet, d'où l'on fasse résulter la prescriptibilité, l'article 10 de la loi du 21 mai 1836, ne porte pas, comme l'exprime, à tort, un arrêt de la chambre criminelle du 10 avril 1841, aff. Demonti [3], que « les chemins vicinaux sont *seuls* déclarés imprescriptibles, » mais seulement que « les chemins vicinaux, reconnus et maintenus comme tels, sont imprescriptibles. » Conclure de ces expressions, par un argument *à contrario*, que tout chemin non classé est prescriptible, c'est aller au delà de la pensée du législateur, qui n'a fait autre chose, dans l'article précité, que consacrer, en le corroborant par un texte précis, un principe de droit public.

L'esprit de l'article, au reste, se révèle dans ces paroles du Rapporteur à la Chambre des pairs :

« Les chemins vicinaux, disait M. le comte Roy, doivent être considérés sous le rapport du service public auquel ils sont affectés, et sous celui de la propriété.

« Sous le premier rapport, ils ne sont point dans le commerce; et, par conséquent, ils sont du nombre des choses qu'on ne peut prescrire, aux termes de l'article 2226 du Code civil.

[1] *D. P.*, *loc. cit.*

[2] V. notamment Foucard, *Élém. de dr. admin.*, t. II, n° 1212 ; — Cotelle, *Gaz. des trib.*, du 3 févr. 1838.

[3] *D. P.*, 41, 1, 360.

« Sous le second rapport, ils sont prescriptibles, puisque, d'après les dispositions du même Code, l'État, les Établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers.

« Il faut donc admettre que les chemins vicinaux sont imprescriptibles lorsque, classés comme chemins vicinaux, ils sont affectés au service public.

« Mais, s'ils devenaient inutiles, si la servitude à laquelle ils sont assujettis envers le public cessait d'exister, et si l'autorité compétente les replaçait dans le domaine ordinaire des communes, ils seraient, comme leurs autres biens, susceptibles de prescription [1]. »

Ainsi, c'est seulement dans le cas où un chemin cesse d'être affecté à l'usage du public, où il devient inutile, où il est déclassé, qu'il est susceptible de prescription, comme toute autre propriété de la commune non affectée à un usage public.

Proudhon enseigne de même que « ...le sol d'un chemin public, tant que son caractère n'a pas été aboli par un décret de l'autorité, ou tant qu'il n'a pas été matériellement et entièrement dénaturé, reste imprescriptible comme placé hors du commerce : *Viam publicam populus, non utendo, amittere non potest* (L. 2, D., *De viâ pub.*). » D'où l'auteur conclut que, « quand un chemin, qui sert de communication entre plusieurs lieux habités, a été publiquement ouvert et librement pratiqué, c'est-à-dire paisiblement possédé par l'être moral et collectif, pendant plus des trente ans qui constituent aujourd'hui la durée de notre prescription la plus longue, le droit est acquis au domaine public de la commune, sans que, pour la validité de cette action et l'irrévocabilité de l'affectation qui en est la suite, il soit nécessaire qu'il intervienne un décret formel de l'autorité, tous les chemins ruraux qui existent aujourd'hui ne s'étant établis que par l'usage et la possession [2]. »

« De ce qu'un chemin n'a pas été classé, dit également M. Troplong, il ne s'ensuit pas qu'il soit d'une nature privée. Une erreur de l'Administration peut l'avoir omis dans les états de remembrement.... L'arrêté de l'Administration ne crée pas la publicité; il la déclare comme un fait préexistant. La publicité résulte des actes par lesquels le public s'est con-

[1] *Moniteur* du 3 mai 1836.

[2] *Du dom. pub.*, t. II, n° 633. — Conf. Pardessus, *Des servit.*, t. I, n° 217.

stitué un droit à lui-même par sa possession plus que séculaire [1].... »

Ce point de droit a son utilité; car, ainsi que le fait remarquer Proudhon, l'adversaire de la commune, qui aurait commis, depuis plus d'une année, l'anticipation dont elle se plaint, ne pourrait se prévaloir de sa prétendue possession annale pour rejeter la preuve de la propriété sur la commune, « attendu, dit l'auteur, qu'il s'agit d'un sol qui appartient (jusqu'à preuve contraire) au domaine public, et sur lequel on ne peut acquérir aucun droit de possession, par la raison qu'il est imprescriptible de sa nature [2]... »

IX.

Mais, en supposant admise cette donnée de la jurisprudence, que « les chemins ruraux sont présumés appartenir aux propriétaires dont ils traversent les héritages, » tandis que la vérité juridique se trouve dans la proposition contraire; en partant, dis-je, de cette donnée, nécessaire pour arriver à la prescriptibilité des chemins non classés, et particulièrement des chemins ruraux, il n'en résultera qu'une chose, c'est que cette présomption aura bien pour effet de changer les rôles, et de mettre à la charge de la commune, qui n'aura pas réclamé contre l'anticipation dans l'année, la preuve qui incombait à son adversaire; mais cette présomption devra céder à la preuve contraire :

« Attendu, en droit, dit un arrêt, que, si l'article 1er de la loi du 21 mai 1836 ne met à la charge des communes que les chemins classés comme vicinaux, les autres chemins ruraux ou communaux, dont le public est en jouissance, n'en continuent pas moins d'appartenir aux municipalités sur le territoire desquelles ils existent, et d'être placés, pour leur conservation et leur viabilité, sous l'autorité et la surveillance de l'administration locale, tant qu'ils n'ont pas été aliénés, conformément à la loi du 23 messidor an V [3]... »

Même principe dans un autre arrêt de la même chambre, du 21 janvier 1859 :

[1] *De la prescr.*, t. I, n° 163.
[2] *Du dom. pub.*, n° 627.
[3] Crim. cass., 8 mai 1856, aff. Boyron; *D. P.*, 56, 1, 288.

« Attendu que le jugement attaqué a renvoyé le prévenu des fins de la poursuite, par le motif que le chemin sur lequel a été commise l'usurpation ne figurait pas sur le tableau de classement des chemins de la commune de Puzieux; — Attendu que le défaut de classement n'enlève pas aux chemins ruraux ou communaux leur qualité de chemins publics [1].... »

Faut-il voir un démenti à ces principes dans le considérant qui suit d'un arrêt de la chambre des requêtes?

« Attendu, d'ailleurs, que, depuis la promulgation de la loi du 21 mai 1836, le caractère de chemin public ne peut plus être accordé qu'aux *chemins vicinaux, reconnus et maintenus comme tels;* qu'ils font seuls partie du domaine public, et que les anciens chemins publics perdent leur destination par le défaut de classement administratif; — Rejette [2]. »

Non; l'arrêt ne veut dire qu'une chose, c'est que le défaut de classement fait cesser la présomption de propriété en faveur de la commune; qu'il rend le chemin susceptible d'appropriation privée, susceptible de prescription. Mais il ne dit pas, et il n'aurait pas pu dire, sans se mettre en opposition avec les arrêts précités de la chambre criminelle, avec l'opinion unanime des auteurs et avec l'Avis du Conseil d'État du 21 avril 1839 (V. *suprà* au n° VI), que la commune ne peut pas faire preuve que tel chemin, quoique non classé, est réellement un chemin public. L'arrêt du 24 juin 1856 n'a et ne peut avoir d'autre portée que la décision suivante de la même chambre : « Attendu que le jugement attaqué constate que le chemin, réclamé par la commune de Leignes, n'a point été reconnu et classé administrativement comme chemin vicinal; que, dès lors, c'est avec raison que le tribunal de Montmorillon a décidé que ce chemin était susceptible d'une action privée, et que l'action en complainte de Béchillon *était recevable* [3]... »

L'Administration l'a toujours entendu ainsi :

« De ce que l'article dont nous nous occupons (l'article 10 de la loi du 21 mai 1836), dit l'Instruction ministérielle du 24 juin 1836, adressée aux préfets, n'attribue le privilége de l'imprescriptibilité qu'aux chemins qui sont légalement déclarés *vicinaux,* il ne s'ensuit cependant pas que tous les autres chemins,

[1] Crim. cass., 21 janv. 1859, aff. Claudon; *D. P.*, 60, 5, 429, n° 41.
[2] Req., 24 juin 1856, aff. comm. de Brie-Comte-Robert; *D. P.*, 57, 1, 91.
[3] Req., 20 mars 1854, aff. Leignes; *D. P.*, 54, 1, 196.

que les nombreux sentiers qui appartiennent aux communes, puissent être usurpés sans qu'il y ait répression pour ce délit. Les communes peuvent et doivent s'opposer à ces usurpations... C'est devant les tribunaux ordinaires que doivent être poursuivies les usurpations commises sur les chemins qui n'ont pas été déclarés vicinaux. On a pu s'abstenir de les déclarer vicinaux, parce que, tout utiles qu'ils soient à une partie de la commune, *pour l'exploitation des terres*, par exemple, cette utilité n'était pas assez générale pour que leur entretien fût mis à la charge de la commune; ce qui serait une conséquence nécessaire de la déclaration de vicinalité. La commune a, cependant, un intérêt réel à conserver intact le sol de ces chemins, et à les défendre contre toute anticipation de la part des riverains.... Il est bon, toutefois, que vous fassiez connaître aux maires un arrêt fort important sur cette matière, rendu par la Cour de cassation le 25 septembre 1835 (V. *suprà*, n° VII), et duquel il résulte que, lorsqu'un particulier se prétend propriétaire d'un terrain qu'il est prévenu d'avoir usurpé sur un chemin, *c'est à ce particulier, et non à la commune, que demeure l'obligation d'établir le droit de propriété*[1]... »

Dans une autre circulaire du ministre de l'intérieur, du 22 juin 1853, portant invitation aux préfets de faire délibérer les Conseils généraux sur l'utilité qu'il pourrait y avoir à réglementer, par de nouvelles dispositions législatives, la réparation et l'entretien des chemins ruraux, on lit également :

« L'Administration, Monsieur le préfet, s'est préoccupée, depuis longtemps, de la question d'amélioration de ces *voies publiques*; elle connaît les graves intérêts qui s'y rattachent... Le moment est-il venu de prendre les mesures nécessaires pour réparer et entretenir ces chemins? L'opportunité de ces mesures pourrait être contestée. Comme ils occupent le dernier rang dans l'ordre des voies publiques, on pourrait dire qu'avant d'aviser aux moyens d'en opérer la réparation, il convient de concentrer toutes les ressources disponibles sur les chemins vicinaux, qui occupent un rang relativement plus élevé; que si, d'ailleurs, un chemin rural a acquis une importance réelle, au point de vue des communications de commune à commune, ou entre les différents hameaux d'une même commune, l'Admi-

[1] *D. P.*, 36, 3, 144.

nistration a toujours le droit de le classer comme vicinal, et de l'admettre, ainsi, à participer au bénéfice des ressources créées par la loi du 21 mai 1836.

« Les objections que j'ai cru devoir rapporter ici paraissent plus spécieuses que solides... D'ailleurs, les chemins ruraux dont je m'occupe ici ne sont pas ceux qui servent à communiquer de commune à commune, ou même de hameau à hameau. Les derniers, qui ont un caractère d'utilité publique, seront, dans un temps donné, classés comme vicinaux. Il est question, particulièrement, de ceux qui, moins importants au point de vue général de la circulation, n'ont d'utilité réelle et bien constatée que pour les propriétaires qui s'en servent pour l'exploitation de leurs héritages... »

Dans l'esprit de l'Administration, c'est donc un point bien établi que les chemins ruraux, ceux même *qui ne servent pas à communiquer de commune à commune, de hameau à hameau*, mais *qui n'ont d'utilité réelle que pour les propriétaires qui s'en servent pour l'exploitation de leurs héritages*, sont de véritables voies publiques, et que, si le contraire est prétendu par des particuliers, *c'est à ces particuliers, et non à la commune, que demeure l'obligation d'établir le droit de propriété.*

Mais, dans la supposition même que la commune eût à faire la preuve que le chemin qu'elle revendique est un chemin public, et non un chemin de servitude, à quels signes reconnaîtra-t-on au chemin litigieux ce caractère?

Proudhon, parmi les circonstances qui lui paraissent caractéristiques d'un *vrai chemin public*, énumère les suivantes :

« Quelle est l'importance du tracé matériel du chemin et son apparence, sous le rapport de l'ancienneté?

« A quelle communication il sert habituellement, et quels sont les besoins sociaux qui paraissent en avoir exigé la création?

« S'il a été ferré ou muni de fossés, ce qui le mettrait hors de la catégorie des simples chemins de tolérance?

« S'il a été réparé et entretenu par la commune, comme le sont les chemins publics?...

« Depuis quelle époque il est soumis aux usages publics?

« S'il est signalé, dans le cadastre ou dans les anciens plans, comme chemin public?

« S'il est, sous la même qualité, donné, dans les titres particuliers, pour confins des fonds privés?

« Telles sont, dit-il, les principales circonstances laissées à l'appréciation du juge, et dont le concours peut servir à constituer une possession capable d'opérer la prescription acquisitive du sol [1]. »

L'auteur ne parle pas de l'inscription du chemin sur le tableau des chemins de la commune.

Sans doute, comme le décide la Cour de cassation, cette inscription, ni l'arrêté même du préfet, qui comprendrait ce chemin parmi les chemins publics ruraux de la commune, ne saurait avoir pour effet de le faire passer dans le domaine public municipal, nonobstant tout droit de propriété revendiqué par les riverains, « puisque l'article 15 de la loi du 21 mai 1836 n'attribue ce pouvoir à l'autorité préfectorale qu'à l'égard des chemins *vicinaux* exclusivement [2]. » Mais il ne résulterait pas moins de cette inscription, opérée sans opposition des riverains, un préjugé en faveur de la commune.

X.

De ce qui précède je conclus :

1° Que les chemins ruraux ou d'exploitation ne sont pas, à raison de leur destination et par eux-mêmes, abstraction faite de toute circonstance particulière qui leur ferait assigner le caractère de servitude, des chemins privés ;

2° Que, de leur nature, portés ou non sur le tableau des chemins de la commune, ils sont réputés chemins publics, jusqu'à la preuve contraire, et sont, à ce titre, imprescriptibles ;

3° Que, tout au plus, le défaut de classement pourrait autoriser à les regarder comme des chemins privés ; mais que cette présomption devrait céder à la preuve contraire faite par la commune.

FLANDIN.

[1] *Du dom. pub.*, t. II, n° 634.

[2] Crim. rej., 18 juin 1853, aff. Jourdan; *D. P.*, 53, 1, 319. — Conf. Crim. rej., 6 févr. 1845, aff. Lettré; *D. P.*, 45, 4, 540, n° 40. — Cass., 1er mars 1849, aff. Michel; *D. P.*, 49, 1, 160.

LÉGISLATION DES CULTES. — LIBERTÉ RELIGIEUSE[1].

Par M. Batbie, ancien auditeur au Conseil d'État,
professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris.

La législation actuelle sur les cultes a deux espèces d'adversaires. Plusieurs écrivains demandent que le traitement des ministres soit supprimé et que les frais du culte soient supportés par les adhérents de chaque secte. Tous ceux qui préconisent ce système ne sont pas animés du même esprit, et parmi eux il en est qui veulent la prospérité de l'Église, tandis que les autres désirent sa chute; ils ne sont pas d'accord sur le but, mais tous s'entendent sur le moyen dont ils apprécient diversement le résultat.

Cette séparation absolue de l'Église et de l'État aurait, d'après les uns, pour effet de ranimer le zèle des fidèles et l'ardeur des prêtres. Obligée de se soutenir par elle-même et de vivre de ses propres ressources, la religion se rapprocherait des peuples; elle perdrait les rameaux desséchés, mais elle ranimerait les convictions languissantes et serait mieux soutenue par des adhérents qui ne compteraient plus sur l'intervention de l'État. Séparée du pouvoir temporel, l'Église gagnerait en liberté ce qu'elle perdrait en subvention, et son initiative deviendrait plus féconde.

Les ennemis de la religion et du catholicisme, en particulier, se font une tout autre idée des effets que produiraient la séparation de l'État et de l'Église et la suppression du traitement. C'est parce qu'ils sont convaincus qu'abandonnée à ses propres ressources, l'Église serait considérablement affaiblie et que, peu à peu, elle tomberait en décadence, qu'ils préconisent le système

[1] M. Batbie va publier deux volumes de l'ouvrage qu'il a entrepris sur le *Droit public et administratif*. Cet ouvrage est fait au point de vue pratique et principalement destiné aux jurisconsultes; mais il contient des détails intéressants pour tout le monde sur les législations étrangères. Une communication de l'auteur nous permet de donner à nos lecteurs les pages où il traite de la liberté religieuse à l'étranger. M. Batbie, après avoir consacré environ deux cents pages à l'examen de la législation française, expose les projets de réforme proposés par les publicistes et les législations de la Belgique, de la Suède, de la Russie, de l'Angleterre et des principaux États de l'Allemagne. (*Note de la rédaction.*)

américain. Le parti des politiques se préoccupe surtout de la diminution qu'éprouverait l'influence du clergé; celui des philosophes réclame principalement au point de vue du droit et de la justice; car il leur paraît répugner aux plus élémentaires notions d'équité que les contribuables soient obligés de supporter la subvention de croyances qui ne sont pas les leurs. Si les protestants et les israélites trouvent dans la subvention accordée à leur culte une compensation aux taxes qu'ils payent pour le culte catholique, le libre penseur, qui ne professe aucun culte extérieur, et les dissidents, qui n'ont adopté aucun culte reconnu, ne reçoivent aucune compensation à la part de sacrifices que la loi exige d'eux.

Nous ne partageons ni les illusions des premiers, ni les espérances des seconds, ni les théories des derniers.

La ferveur des fidèles est une force immense dans les temps de lutte et de création; elle est capable de faire de grandes choses parce qu'elle est douée d'une expansion telle que les obstacles l'irritent et la fortifient. A l'époque où nous vivons, au contraire, la ferveur religieuse a besoin d'être soutenue; les sacrifices répétés l'incommodent et lui pèsent; compter sur un constant dévouement serait méconnaître le caractère de notre temps. Chose remarquable! ces illusions ont été partagées par l'homme qui avait le mieux compris le caractère du siècle, et c'est Lamennais qui, après avoir sondé profondément *l'indifférence en matière religieuse*, concluait dans ses *Questions philosophiques et politiques* à la séparation de l'Église et de l'État et à la suppression du budget des cultes. En d'autres termes, il conseillait à l'Église de se jeter entre les bras des indifférents, de renoncer à son existence légale et de repousser les fonds de l'État pour demander le soutien d'une génération sceptique. Singulière logique! Ne soyons pas surpris qu'elle n'ait fait aucun progrès, et que les esprits pratiques aient tous été d'accord pour repousser un raisonnement dont les conclusions sont si peu d'accord avec les prémisses.

La séparation absolue n'obtiendra jamais notre approbation par les effets destructeurs qu'elle pourrait produire. L'histoire a démontré quel vide immense laisse après elle la démolition religieuse, et, sauf les initiateurs d'une religion nouvelle, nous ne comprenons pas quel but se proposent les politiques qui veulent détruire pour détruire. Que les révélateurs d'un nou-

veau symbole combattent jusqu'à la destruction les religions établies, cela peut se concevoir; mais que des politiques qui n'ont aucune nouvelle révélation à faire connaître brisent la religion uniquement parce qu'elle leur fait obstacle, c'est une entreprise funeste qui ne tarde pas à produire la décomposition morale de la société. Le sentiment religieux fait partie de la nature humaine, et à toutes les époques on a pu vérifier cette loi historique qu'une religion ne meurt jamais si elle n'est pas remplacée par une autre; les croyances se sont succédé, mais il n'y a pas d'exemple qu'elles aient péri dans le néant religieux. A ceux donc qui veulent la chute de ce qui est, nous sommes en droit de demander : Où est votre loi? êtes-vous au moins théophilantropes, ou adorateurs de l'Être suprême, ou sectateurs de la déesse Raison?

Nous ne partageons pas non plus les scrupules de ceux qui trouvent le budget des cultes injuste, au point de vue des contribuables. Les imposables payent à l'État une somme qui est employée aux différents services. Si les libres penseurs contribuent aux frais du culte, il y a aussi des chaires de philosophie subventionnées par l'État, et l'on voit par là que les partisans de l'autorité religieuse et ceux du libre examen n'ont rien à se reprocher puisque les uns et les autres sont des *parties prenantes*.

En ce qui concerne le catholicisme, la question ne doit pas être uniquement résolue *à priori*, et quelle que soit l'opinion que l'on professe en théorie, il est impossible, lorsqu'on est de bonne foi, de ne pas tenir compte des faits historiques. Le traitement des prêtres a été accordé en compensation des biens ecclésiastiques confisqués et vendus nationalement. Y aurait-il justice à supprimer l'indemnité après avoir mis la main sur la propriété? M. Bastiat, qui est partisan de la séparation absolue de l'Église et de l'État, s'empresse cependant d'ajouter : « Sauf « l'indemnité promise au clergé *en compensation des biens* « *ecclésiastiques*. Justice pour tous[1]. » C'est dans le respect des droits d'autrui, dans la défense de la justice même quand elle profite à des adversaires, dans la bonne foi des opinions et l'attachement aux principes, sans faveur ni exclusion pour ou contre personne, qu'est la source de la vraie liberté; tant qu'on

[1] *Budget républicain*, par Fr. Bastiat.

s'écartera de cette règle de conduite, il n'y aura qu'oppression, et quel que soit le parti qui l'exerce, elle ne sera qu'une détestable atteinte au droit individuel.

Objectera-t-on, comme on l'a fait souvent, que le clergé est une personne morale, constituée par la loi, et que l'État qui peut lui retirer la capacité d'acquérir doit, à plus forte raison, avoir le droit de supprimer son traitement? Si cette subtilité de légiste avait quelque force à l'égard du clergé, elle n'en aurait aucune à l'égard des donateurs dont on méconnaîtrait la volonté. Lorsqu'il vendit les biens ecclésiastiques, le gouvernement prit l'engagement d'exécuter les intentions pieuses des fondateurs en donnant un traitement au clergé; certainement le pouvoir législatif est tout-puissant, et il pourrait défaire ce qu'il a fait, mais je ne cesserai de dire, en me plaçant au point de vue du droit, que ce serait manquer à la foi promise, violer des engagements solennellement pris et obéir aux passions de parti, toujours étroites, et souvent contraires aux inspirations de la justice.

Des réformateurs moins radicaux proposent de maintenir le traitement en brisant les liens avec l'État et, par conséquent, de supprimer l'appel comme d'abus ou plutôt la loi organique tout entière. C'est le système qui est suivi en Belgique; c'est le droit commun appliqué aux prêtres, et j'avoue que théoriquement il ne donne prise à aucune objection. Je ne crois pas non plus qu'il donnât lieu à de sérieux dangers et que les moyens de droit commun fussent insuffisants pour combattre les entreprises du clergé. Mais ces institutions sont protégées par une longue tradition historique; pendant plusieurs siècles l'Église a vécu sous ce régime et elle a pu se développer sans rencontrer aucun obstacle sérieux; un changement sous ce rapport ne profiterait donc pas à la prospérité de la religion, et il n'y a vraiment aucun intérêt à démentir l'histoire. Je conviens que les libertés de l'Église gallicane n'ont plus aujourd'hui le même sens qu'au moyen âge ou qu'au XVIIe siècle; je conviens que l'arme des appels comme d'abus s'émousse tous les jours; mais n'y a-t-il pas là un motif de laisser faire le temps puisqu'il sait, en suivant les idées de chaque époque, transformer les institutions et les mettre en harmonie avec l'état des esprits.

DROIT COMPARÉ.

Belgique. — Liberté des cultes non-seulement au point de vue de la conscience et du for intérieur, mais encore de l'exercice public; liberté de manifester ses opinions en toute matière touchant aux questions religieuses, sans autre restriction que la répression des délits commis dans l'usage de cette liberté; séparation complète du culte et de l'État; incompétence du gouvernement relativement à l'installation des ministres du culte et droit reconnu à ces derniers de publier leurs actes conformément au droit commun des citoyens : telles sont les dispositions principales que les articles 14, 15 et 16 de la Constitution du 7 février 1831 ont édictées.

De la séparation de l'Église et de l'État la loi belge a tiré deux conséquences importantes. Elle a reconnu aux ministres du culte le droit de correspondre avec leurs supérieurs sans l'autorisation du gouvernement, et comme la Constitution ne distingue pas entre les correspondances à l'intérieur et celles qui seraient adressées au dehors, les évêques catholiques ont, en vertu de cette disposition, la faculté de correspondre avec la cour de Rome.

La seconde conséquence que la législation belge a fait découler du principe de la séparation, c'est la suppression de l'*appel comme d'abus*. Cette institution, que l'occupation française avait importée en Belgique, s'y était maintenue jusqu'à la révolution de 1830. Un arrêté du 16 octobre 1830 en a prononcé l'abrogation, et cette disposition a été confirmée par l'esprit de la Constitution. Les prêtres sont donc soumis au droit commun, et les abus qu'ils commettraient dans l'exercice de leurs fonctions ecclésiastiques ne pourraient être recherchés qu'autant qu'ils tomberaient sous le coup des lois répressives ordinaires.

Le parti libéral se plaint de cette concession faite au parti religieux et demande une loi qui arme le pouvoir temporel contre les entreprises des évêques. Deux jurisconsultes qui ont écrit sous l'inspiration de cette école, MM. Tielemans et de Brouckère, sont d'avis qu'il y aurait lieu de rétablir l'ancienne législation. « Après l'expérience, disent-ils, on sera tenté de revenir à une législation plus efficace[1]. »

[1] *Dictionnaire de droit administratif*, v° *Appel comme d'abus*, t. Ier, p. 61.

La séparation de l'Église et de l'État a été stipulée dans l'intérêt de la première, et on ne l'entend pas en Belgique comme dans l'Amérique du Nord, où la séparation a pour effet de livrer chaque Église à ses propres ressources. En Belgique, au contraire, l'État paye un traitement aux ministres du culte [1] et leur assure une pension de retraite après 40 ans de service et 65 ans d'âge. Le quantum de la retraite est égal au traitement moyen des cinq dernières années jusqu'à un maximum de 5,000 francs [2].

Suède et Norwége. — Jusqu'à 1860 les lois punissaient de la confiscation, de l'exil et de l'amende ceux qui professaient une religion autre que la doctrine évangélique. Cette année le roi, conformément aux votes émis par les quatre ordres dans la session précédente, rendit deux ordonnances (23 octobre 1860) qui abrogeaient ces dispositions barbares. La liberté religieuse n'existe pas encore en Suède puisque tous les cultes, autres que la religion évangélique, sont soumis à l'autorisation préalable du roi; ce qui constitue l'amélioration résultant des ordonnances nouvelles, c'est que la permission royale n'est plus contraire aux lois, et que tout culte autorisé peut être librement et publiquement professé.

Cette liberté est cependant limitée par une disposition qui a pour but de protéger la religion officielle. Les adhérents des cultes autorisés n'ont pas le droit de formuler publiquement des maximes contraires à la pure doctrine évangélique, sous peine d'une amende de 50 à 300 rixdalers ou d'un emprisonnement d'un mois à un an; la même peine est applicable à ceux qui, sans les formuler publiquement, répandraient les maximes hétérodoxes « *avec l'intention d'égarer les adhérents à la religion de l'État.* »

Russie. — Le principe de la liberté est inscrit dans les lois fondamentales de l'Empire, mais comme toutes les lois sont, dans ce pays, subordonnées au bon plaisir du tsar, ce droit comme les autres dépend du caractère plus ou moins libéral du monarque. Les luthériens, les musulmans et les païens jouissent d'une complète liberté de conscience; les catholiques romains exercent librement leur culte, mais ont, par inter-

[1] Art. 117 de la Constitution du 7 février 1831.

[2] Lois des 23 juillet 1844 et 17 février 1849. — V. Havard, *Éléments de droit administratif belge*, t. Ier, p. 37 et 76, et t. II, p. 66.

valles, à subir des persécutions; les israélites sont privés des droits civiques dont jouissent tous les sujets russes, même les païens, et il n'y a pas longtemps qu'un ukase les a dispensés de porter un costume spécial; le culte de l'Église orientale est interdit, et les sectaires ne peuvent le pratiquer secrètement qu'en payant la police. On a même vu, sous le règne du tsar Nicolas, cinq millions de Grecs unis, catholiques et romains, appartenant à l'Église orientale, obligés d'embrasser le symbole de la religion grecque[1].

Angleterre. — Depuis l'acte d'émancipation de 1829, la position légale du catholicisme en Angleterre est celle d'une religion autorisée, mais non reconnue par l'État. Comme l'anglicanisme est la religion officielle et que ses adhérents admettent qu'elle est le véritable catholicisme, le pouvoir temporel ne reconnaît pas le catholicisme romain. Les quatre archevêques et les ving-deux évêques d'Irlande n'ont eux-mêmes aucune existence légale, et quoiqu'ils soient les pasteurs de la grande majorité du pays, l'anglicanisme est la religion officielle même pour cette partie du Royaume-Uni. Les dîmes sont payées par les Irlandais aux titulaires anglicans des bénéfices, et les prêtres catholiques n'ont d'autre rétribution que les offrandes volontaires des fidèles; la loi refuse toute action en justice aux prêtres ou évêques catholiques pour réclamer les honoraires de leurs fonctions, alors même qu'ils se fonderaient sur un usage constant ou sur des souscriptions. Une loi de George I[2] déclarait nuls tous les legs de propriété en faveur de croyances superstitieuses (*land given to superstitious uses*), et dernièrement encore la Cour de chancellerie s'est fondée sur cette disposition pour annuler un legs destiné à faire célébrer des messes de *requiem*.

La sortie des processions est interdite parce qu'elles sont contraires à la paix publique et que, d'un autre côté, elles sont pour la majorité des habitants une occasion de scandale et de contrariété (*scandal and annoyance*). Il est aussi défendu aux dignitaires catholiques de paraître en public avec le costume de leur fonction, sous peine d'une amende de 50 livres sterling. Les moines et jésuites étrangers ne peuvent résider dans le

[1] *La vérité sur la Russie*, par le prince Dolgoroukow, p. 255, et Vivien, *Études administratives*, t. I, p. 257.

[2] St. 2, c. 20 et 24.

Royaume-Uni qu'avec une autorisation de séjour, et la permission, quand elle leur est accordée, est révocable à volonté. Le moine étranger qui s'établirait en Angleterre sans autorisation tomberait sous le coup de la loi pénale et serait, indépendamment des peines édictées pour ce cas, frappé d'un bannissement perpétuel. Le jésuite ou le moine, même lorsqu'ils sont autorisés à résider, sont punissables pour avoir admis dans leur ordre un sujet du roi d'Angleterre; le récipiendaire est également banni, et en cas de rupture de ban dans les trois mois qui suivent la condamnation, il est transporté pour toute sa vie. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux ordres de femmes.

Jusqu'à 1836, les mariages des dissidents et des catholiques ne pouvaient, à peine de nullité, être célébrés dans les églises de la religion officielle, et tout ce que l'esprit de tolérance avait pu obtenir de l'autorité ecclésiastique se réduisait à des dispenses qui devaient être demandées à l'archevêque de Cantorbéry. En 1836, cette obligation fut rendue inutile par la loi qui institua le mariage devant les officiers de l'état civil (*Registrar*). L'acte de mariage doit énoncer le nom et la situation de l'église où sera faite la célébration religieuse, et la loi défend, sous certaines peines, à tout prêtre de bénir le mariage dans une autre église, sans permission spéciale de l'officier civil.

Au point de vue politique, les catholiques sont assimilés aux anglicans, sauf quelques dispositions exceptionnelles qui les excluent du trône, des places de juges dans les trois cours de Westminster, des fonctions de lord-chancelier, de lord garde du sceau, de lord-lieutenant et de deputy pour l'Irlande et de commissaire de l'Église d'Écosse. Un catholique ne peut pas non plus être premier lord de la Trésorerie. A part ces exceptions, les catholiques romains sont, d'après l'acte d'émancipation, admissibles à tous les emplois publics et ont, en particulier, le droit d'être élus à la chambre des communes; seulement les prêtres catholiques ne sont pas éligibles.

Il appartient aux catholiques de présenter aux bénéfices vacants, lorsqu'ils ont acquis le droit de présentation par possession ou tout autre mode légitime d'acquérir; la différence de religion s'oppose cependant à ce qu'ils *exercent* ce droit dont ils n'ont que la *jouissance*, et la présentation est faite, au

nom du titulaire catholique, par l'archevêque de Cantorbéry.

Avant 1688, les dissidents étaient traités aussi rigoureusement que les catholiques. Après la Révolution, la législation s'est peu à peu adoucie à leur égard, et ils ont fini par conquérir l'isonomie. Ce progrès a été lent, et sa réalisation définitive ne date que du règne de Victoria [1]. Les dissidents ne peuvent célébrer leur culte que publiquement, la loi prohibant expressément les pratiques secrètes à huis clos; ils ne sont pas tenus de déclarer ni de faire enregistrer leurs temples, mais la loi attache à la déclaration et à l'enregistrement quelques avantages, tels que l'exemption, pour les ministres dissidents, du service du jury.

La loi respecte la liberté religieuse des quakers, en leur permettant de remplacer le serment par une affirmation solennelle.

Les juifs peuvent, depuis Cromwell qui leur permit de revenir en Angleterre, librement pratiquer leur culte. La formule du serment que doivent prêter les membres du parlement les excluait des deux chambres à cause des mots : « *sur la vraie foi d'un chrétien* » (upon the true faith of a christian) que des juifs ne peuvent prononcer sans nier leur croyance. Cette incapacité n'a été levée que par un statut du règne de Victoria [2], en vertu duquel les deux chambres peuvent dispenser les juifs de la partie du serment inconciliable avec leur religion. La même loi déclare les juifs exclus des fonctions auxquelles les catholiques ne sont pas admissibles. Pas plus que les catholiques romains, les israélites ne peuvent exercer le droit de présentation aux bénéfices ecclésiastiques de l'Église anglicane, et lorsqu'ils ont acquis la jouissance du droit, la présentation est faite en leur nom par l'archevêque de Cantorbéry.

Ces progrès de l'esprit de tolérance n'ont en rien diminué la situation de l'Église officielle qui demeure toujours non-seulement la religion de l'État, la religion dominante, mais encore à peu près la seule qui soit reconnue. Avant les innovations qui ont consacré la liberté religieuse en Angleterre, la loi ne reconnaissait les cultes autres que l'anglicanisme que pour les restreindre ou les persécuter; aujourd'hui elle les ignore

[1] 7 et 8 Victoria, c. 102, et 9 et 10, c. 59.
[2] 21 et 22 Victoria, c. 49.

et ne s'en occupe ni pour les favoriser ni pour les opprimer.

Le caractère principal de la réformation en Angleterre consiste dans la séparation d'avec Rome et dans l'autorité du roi en matière religieuse. Le pape, que les trente-neuf articles de la profession de foi anglicane appellent *l'évêque de Rome*, n'a aucune juridiction dans le Royaume-Uni, et lorsqu'il y a quelques années une bulle du saint-siége a divisé le pays en diocèses, un cri universel de « *no popery* » a protesté contre cette usurpation. Le parlement, pour répondre au sentiment public, a rendu un bill qui a pour objet de réprimer ces entreprises et de punir ceux qui les seconderaient. D'après les dispositions de cette loi (*papal aggression Bill*), les évêques et archevêques catholiques ne peuvent pas prendre le titre d'évêque d'un diocèse anglican ou de la circonscription totale ou partielle qui en dépend. C'est pour obéir aux termes de cette loi que le cardinal Wiseman, au lieu de s'appeler archevêque *de* Westminster, ce qui serait une contravention, s'intitule archevêque *à* Westminster ou *dans* Westminster, par une tournure de langage qui suffit pour satisfaire le formalisme des jurisconsultes anglais et rappelle le titre de *roi en Prusse*, que prit l'électeur de Brandebourg lorsque le royaume de Prusse n'était pas encore constitué.

Au point de vue du dogme, de la discipline, de la hiérarchie et de la liturgie, l'anglicanisme se rapproche beaucoup du catholicisme romain. Le statut d'Henri VIII qui abroge la juridiction du pape[1] maintient expressément tous les canons et ordonnances qui ne sont pas contraires aux lois et coutumes du royaume ou aux prérogatives de la couronne; il conserve aussi des doctrines romaines toutes celles dont le maintien était possible.

Il existe cependant plusieurs différences entre l'Église anglicane et l'Église romaine, et voici en quoi elles consistent principalement : 1° la liturgie du catholicisme emploie la langue latine, tandis que la liturgie anglicane se sert de la langue nationale; 2° le culte des saints, de la Vierge et des images n'est pas admis par les anglicans; 3° la confession auriculaire n'a pas été formellement supprimée, mais elle n'est pas en usage; 4° les anglicans n'admettent pas la présence réelle du

[1] 25 Henri VIII, c. 19, 20 et 21.

Christ dans la communion; 5° le célibat des prêtres n'est admis que dans un cas; les bénéficiaires des colléges (*fellows*) sont seuls soumis à cette loi, mais ils peuvent se marier à la condition de quitter le collége; 6° quant aux sacrements, l'article 35 de la profession de foi n'a conservé que le baptême et la communion.

Les principes fondamentaux de l'Église anglicane ont été formulés dans les trente-neuf articles qui furent arrêtés par un concile tenu sous Élisabeth. Après avoir été reproduits dans les constitutions et canons de 1603 sous Jacques Ier, ils ont été déclarés loi de l'État par un acte spécial du parlement [1], et d'après *l'acte d'uniformité*, aucun changement n'y peut être fait que par le roi en parlement.

Quoique justiciables des tribunaux ordinaires, les clercs pouvaient être réclamés par le supérieur ecclésiastique qui évoquait l'affaire, et punissait le coupable de peines ecclésiastiques. Ce bénéfice, appelé *benefit of clergy*, avait été fort étendu par l'esprit entreprenant de l'Église, et les évêques avaient plus d'une fois évoqué les causes des laïques. Les juges vérifiaient, à la vérité, si réellement l'accusé avait la qualité qu'il s'attribuait; mais à quels caractères pouvait-on reconnaître que le prévenu était clerc ou laïque? La règle qui avait été établie à ce sujet était de nature à favoriser l'extension du privilége; car, pour être admis à jouir de cette immunité, il suffisait de prouver qu'on savait lire un passage des Psaumes, ordinairement le verset *Miserere mei Deus*; c'est de cette singulière façon de prouver sa qualité de clerc qu'est venue la locution : *legit ut clericus*. En 1827, un acte de George IV a supprimé le bénéfice des clercs [2]. Ils jouissent cependant encore de quelques immunités; ainsi les créanciers ne peuvent faire exécuter les condamnations prononcées contre les clercs que sur les choses profanes leur appartenant, et doivent s'abstenir de la saisie des objets sacrés. La contrainte par corps ne peut pas être exercée contre un ecclésiastique pendant qu'il remplit ses fonctions ni lorsqu'il va au temple ou qu'il en revient.

Les clercs ne sont pas exempts de l'obligation de payer les contributions; participant aux élections des députés à la chambre des communes, ils consentent les impôts établis par le

[1] 13 Élisabeth, c. 12.

[2] Act. 7 et 8, George IV, c. 27 et 28.

parlement et acquittent les taxes à l'établissement desquelles ils ont concouru. Il leur est interdit de se livrer au commerce, à l'industrie et à l'agriculture industrielle.

L'Angleterre est partagée en deux provinces ecclésiastiques ou archevêchés, York et Cantorbéry. La province d'York se divise en six diocèses et celle de Cantorbéry en vingt et un. Les archevêques et les évêques sont, en droit, nommés par le doyen et le chapitre de la cathédrale, mais en fait par le roi. En cas de vacance, le roi envoie au chapitre un « *congé d'élire* » et en même temps la désignation du candidat. Si le candidat n'est pas nommé dans les douze jours qui suivent, le roi fait la nomination qui est notifiée, quand il s'agit d'un évêque, à l'archevêque de la province, et quand il s'agit d'un archevêque, à l'autre archevêque et à deux évêques.

L'archevêque de Cantorbéry est primat et métropolitain de toute l'Angleterre; il a pour doyen (*provincial dean*) l'évêque de Londres; pour chancelier, l'évêque de Winchester; pour vice-chancelier, l'évêque de Lincoln; pour précenteur, l'évêque de Salisbury; pour chapelain, l'évêque de Worcester; l'évêque de Rochester porte la croix devant lui. L'archevêque de Cantorbéry prend rang après les princes du sang et marche avant tous les dignitaires de l'État. Il signe : *Archevêque par la divine Providence*, tandis que les évêques ne mettent que *par la permission divine*. Son titre est conçu en ces termes : *Sa Grâce et très-révérend père en Dieu*. On dit de l'archevêque de Cantorbéry qu'il a été *intronisé*, tandis que pour un évêque on emploie le mot *installation*. C'est l'archevêque de Cantorbéry qui couronne les rois et les reines régnantes. Les femmes des rois sont couronnées par l'archevêque d'York.

L'archevêque d'York est le second personnage ecclésiastique; comme celui de Cantorbéry, il signe avec les mots : *par la Providence divine*, porte le titre de *Grâce et très-révérend père en Dieu*, et jouit du droit d'avoir huit chapelains; on dit de lui, comme de l'archevêque de Cantorbéry, qu'il est *intronisé*; il est primat d'Angleterre, mais non métropolitain; dans l'ordre des préséances, il vient immédiatement après le lord chancelier du royaume.

Les évêques portent le titre de « *très-révérend père en Dieu* » (*Right reverend father in God*); ils prennent rang après les vicomtes; ils ont tous la capacité voulue pour siéger dans la

chambre haute, sans autre condition que la prestation de serment. Le nombre de ceux qui siégent réellement a cependant été limité par la loi et, en droit, on ne les considère pas comme des pairs véritables; spécialement, en ce qui concerne la compétence de la chambre des lords, elle ne leur est pas applicable et, en cas de félonie, les évêques sont jugés par les tribunaux ordinaires.

Chaque évêque est assisté d'un chapitre à la tête duquel est un doyen (*Dean*) qui marche immédiatement après l'évêque, et constitue une personne morale capable d'acquérir. Les doyens sont nommés par lettres patentes sous le grand sceau. La nomination des chanoines est faite en partie par élection, en partie par le roi ou l'évêque. Le chapitre est aussi une personne morale, et elle diffère du doyen en ce qu'elle est une corporation collective, tandis que le doyen est corporation composée d'une seule personne. Ainsi que nous l'avons déjà dit, le chapitre a le droit nominal de choisir l'évêque; ses attributions effectives consistent à donner des avis sur certains actes, tels que les baux à ferme et les nominations aux emplois.

L'Angleterre est divisée en un grand nombre de paroisses (*parishes*), dans chacune desquelles se trouve une église paroissiale avec un recteur pourvu d'un bénéfice. Ce recteur, appelé *parson*, a pendant toute sa vie la jouissance et l'exercice des droits attachés à son bénéfice, la libre possession du presbytère et des terres en dépendant, les dîmes et autres droits. Lorsque les droits inhérents au bénéfice appartiennent à une corporation, celle-ci députe un vicaire qui est chargé de remplir la fonction ecclésiastique. Souvent aussi les recteurs ou *parsons* se font suppléer par des *vicaires* et des *curates* qui sont fort mal rétribués, et dont la condition rappelle celle des curés *congruistes*, dont le nom est devenu, chez nous, proverbial pour désigner le strict nécessaire voisin de l'indigence. Le traitement des *curates* peut être fixé par l'évêque entre 80 et 150 livres sterling. Des réformes récentes ont d'ailleurs réduit le nombre des bénéficiaires absents et remplacés par des *curates*. Au lieu de quatre mille qu'on a comptés en 1835, il n'y en avait plus que dix-huit cents en 1854. Comme les doyens des chapitres, les recteurs ou *parsons* constituent une personne morale capable d'acquérir.

La nomination aux bénéfices est faite par le *patron* de la paroisse qui a le droit de présenter un titulaire à l'évêque; celui-ci peut refuser la personne présentée en se fondant sur ce que le candidat est excommunié, bâtard, banni, étranger, mineur, illettré, hérétique ou schismatique. En cas d'opposition de l'évêque pour un ou plusieurs de ces motifs, le patron a le droit de faire statuer sur la validité de l'opposition par une des cours du royaume.

Le *patronat* est un droit tantôt réel et tantôt personnel qui peut appartenir aux étrangers comme aux nationaux, aux juifs, aux catholiques, aux dissidents comme aux adhérents de la religion anglicane. Mais si la jouissance du droit n'est pas incompatible avec la qualité d'étranger, d'hérétique ou de schismatique, il en est autrement de l'exercice. Nous avons déjà vu que pour les juifs et les catholiques le patronat est exercé par l'archevêque de Cantorbéry; si le patron est étranger, c'est la couronne qui exerce le patronage en son lieu et place.

Le roi, le lord-chancelier, le prince de Galles, les membres du haut clergé et les chapitres ont un certain nombre de bénéfices soumis à leur patronage; la reine exerce ce droit sur la proposition du premier lord de la trésorerie, et c'est pour cela que le premier ministre ne doit pas appartenir à la religion catholique romaine. Le nombre de grands bénéfices placés sous le patronat de la couronne s'élève à environ 950; 700 autres moins importants sont directement pourvus par la présentation du premier ministre, en vertu d'une délégation du roi auquel il n'est pas tenu d'en référer [1].

Indépendamment du patronat exercé par le roi ou les hauts personnages dont nous venons de parler, on compte en Angleterre : 3,850 lords, ladies, baronets, prêtres et gentlemen qui ont des droits de patronat. C'est par là que l'Église est intimement liée aux intérêts des hautes classes et ainsi, en matière ecclésiastique, s'applique le principe essentiellement aristocratique du gouvernement britannique [2].

L'Église avait autrefois ses reunions particulières, et c'est dans ces assemblées que les représentants du clergé s'impo-

[1] Rudolf Gneist, *Das heutige englische Verfassungs-und-Verwaltungs-Recht*, t. Ier, p. 333.

[2] Eduard Fischel, *Die Verfassung Englands*, p. 67-79 et 171-189.

saient en vertu d'une autonomie semblable à celle de notre clergé qui, avant 1789, ne participait aux dépenses de l'État que par des *dons gratuits*. Cette indépendance a été abrogée en 1664, et aujourd'hui le clergé participe aux élections et aux dépenses publiques, conformément au droit commun.

Les assemblées du clergé n'ont cependant pas cessé de se réunir, et dans chacune des deux provinces ecclésiastiques, elles tiennent des séances annuelles. La tradition et la coutume sont tellement puissantes dans ce pays qu'elles y conservent les institutions, même quand ces institutions n'ont plus d'objet; en droit, les assemblées d'York et de Cantorbéry pourraient délibérer comme conciles provinciaux, sous l'approbation royale: mais il ne paraît pas qu'en réalité cette puissance ait jamais été exercée par eux. En un mot, ces assemblées se bornent à voter des adresses de compliments ou de condoléance au souverain et ne se réunissent que pour la forme. Lorsqu'il y a dix ans, lord Redesdale a essayé de réveiller cette institution, il a trouvé au premier rang des adversaires de sa proposition l'archevêque de Cantorbéry lui-même. Néanmoins les assemblées du clergé font partie de la constitution anglaise, et quelque éteinte qu'elle paraisse, cette institution pourrait reprendre une importance qu'elle a perdue; comme l'a fait remarquer Burke, il suffirait d'une occasion favorable pour lui rendre l'activité [1].

L'assemblée du clergé est constituée sur le modèle du parlement et se divise en deux chambres. Dans la chambre haute siégent, sous la présidence de l'archevêque, tous les évêques de la province. La deuxième chambre se compose des doyens, des archidiacres et des représentants envoyés par les chapitres et par le reste du clergé.

Allemagne. — L'influence des idées françaises, pendant l'occupation du pays par nos armées, fut très-favorable au progrès de la liberté religieuse en Allemagne. Une clause expresse de la confédération du Rhin obligea tous les princes qui en faisaient partie à donner aux sujets catholiques une entière isonomie, et plusieurs des princes confédérés, dépassant les termes de la stipulation, accordèrent l'égalité des droits à toutes les confessions. Lorsque la Constitution de la confédération germani-

[1] *Letter to the sheriffs of Bristol.*

que, en 1815, posa le principe que les membres des confessions chrétiennes reconnues par le traité de Westphalie jouiraient des mêmes droits politiques et civils[1]; elle ne fit qu'étendre à tous les États une disposition qui avait déjà été adoptée par plusieurs d'entre eux. Pour les cultes autres que les trois confessions reconnues par la paix de Münster, elle laissait à la législation de chaque État le soin de déterminer le régime auquel elles seraient soumises. Mais le deuxième paragraphe garantissait aux juifs les droits qui leur avaient déjà été accordés dans plusieurs États et leur promettait, pour l'avenir, l'isonomie dans toutes les parties de la confédération.

Depuis 1815, la plupart des Constitutions ont expressément reconnu le principe de la liberté religieuse; on trouve des dispositions semblables dans les Constitutions de Bavière[2], de Bade[3], de Wurtemberg[4], du grand-duché de Hesse[5] et de Saxe[6].

Ces dispositions ne garantissaient que la liberté religieuse de l'individu et ne s'appliquaient pas à la profession extérieure domestique ou publique du culte. Dans les mêmes Constitutions où la liberté de conscience était proclamée, on rencontrait d'autres dispositions qui soumettaient le culte public à l'autorisation du gouvernement, soit expressément, soit implicitement. L'*édit de religion* en Bavière[7], en Hanovre[8], les Constitutions de 1833 et de 1840, la Constitution de Saxe[9], exigeaient formellement l'autorisation préalable pour la profession publique des cultes non reconnus. Depuis 1849, au contraire, le système des États-Unis tend à s'établir en Allemagne; la Constitution de l'empire germanique votée par le parlement de Francfort garantissait non-seulement la liberté de conscience, mais encore la liberté des cultes[10]. Plusieurs Constitutions ont, depuis cette époque, consacré la libre profession du culte public ou domestique et le droit

[1] Art. 16, § 1er de la Constitution de 1815.
[2] Constitution de Bavière, t. IV, § 9.
[3] Constitution de 1818, § 18.
[4] Constitution de 1819, § 27.
[5] Constitution de 1820, § 22.
[6] Constitution de 1831, § 32.
[7] Édit, § 3.
[8] § 30 de la Constitution de 1833, et t. II, § 13 de celle de 1840.
[9] Const., § 56.
[10] § 145, princ. et 147, § 3.

de fonder de nouvelles sociétés religieuses. Ces associations n'ont pas d'existence corporative et ne constituent pas des personnes morales capables d'acquérir; pour acquérir cette capacité, la reconnaissance officielle par l'État serait indispensable. On trouve des dispositions semblables dans les nouvelles Constitutions de Prusse [1], d'Oldembourg [2] et d'Anhalt [3].

Les rapports de l'Église catholique avec le pouvoir temporel varient suivant les États. La législation du Hanovre soumet à l'autorisation préalable (au *placet*) les bulles, brefs et rescrits du pape lorsqu'ils ne sont pas exclusivement relatifs au for intérieur (*wenn sie nicht rein geistliche Gegenstände betreffen*); cette formalité est exigée non-seulement pour les actes émanés de la cour de Rome, mais encore pour les communications avec les sociétés religieuses de l'étranger (*Von päpstlichen Stuhle oder von auswärtigen Kirchenversammlungen*). Les brefs de pénitencerie ne sont pas soumis à la formalité du placet, et le gouvernement n'a sur eux qu'un simple droit de surveillance [4].

En Prusse, au contraire, l'Église est très-libéralement traitée, et d'après un article de la Constitution, les rapports des sociétés religieuses avec leurs supérieurs et les publications relatives aux matières religieuses ne sont soumises qu'aux restrictions édictées par le droit commun pour les publications de toute sorte [5].

Le caractère restrictif de la législation se manifeste également en ce qu'elle admet le recours à l'autorité civile pour abus commis dans l'exercice des fonctions ecclésiastiques. Le recours est d'abord soumis aux supérieurs, et si par cette voie on n'obtient pas redressement de l'abus, la réclamation peut être portée devant l'autorité civile et finalement être soumise à la décision du roi [6].

Le recours à l'autorité civile pour abus ecclésiastique était aussi admis dans l'ancien droit public de l'Autriche et de la Bavière.

[1] Constit. de 1850, § 12. « Die Freiheit des Religiösen Bekentnisses, der Vereinigung zu Religionsgesellschaften und der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Religionsübung wird gewährleistet. »

[2] 1852, art. 76.

[3] 1850, § 18.

[4] Constitution du Hanovre, § 70.

[5] Constitution de Prusse, § 16.

[6] Constitution du Hanovre, § 71.

En Bavière, une ordonnance de 1789 accordait aux ministres du culte le recours pour abus, en matière de discipline, et de mœurs, toutes les fois qu'ils avaient été violentés, ou que les règlements n'avaient pas été observés à leur égard (*propter vim et violentiam et non servatum juris ordinem*). Le concordat des 24 octobre-15 novembre 1817 a changé les rapports de l'Église avec l'État dans un sens complétement favorable au pouvoir spirituel[1].

L'article 1er du concordat garantit à l'Église catholique, dans toute l'étendue du royaume, la jouissance des droits et prérogatives que lui attribuent la loi divine et les canons. Le texte de cette disposition était fort large, et comme les canons et la loi divine, interprétée par les conciles, ne reconnaissent la vérité que dans l'Église catholique, comme sa doctrine est exclusive, les autres confessions se récrièrent contre cette disposition dont les termes étaient surtout menaçants par l'intention que l'on prêtait aux signataires du concordat[2]. Bientôt après l'approbation du concordat, la Constitution de 1818 leva tous les doutes, fit disparaître toutes craintes, et en manifestant les intentions modérées du gouvernement, enleva à l'article 1er le caractère oppressif qu'on lui avait imputé.

L'article 5 conférait aux évêques la libre administration des séminaires avec un droit absolu de les organiser, créer ou supprimer; il leur donnait aussi le droit de surveiller les écoles publiques, au point de vue de la foi et de la morale. Il était convenu que certaines communautés enseignantes ou hospitalières seraient dotées par l'État, et l'article 7 du concordat

[1] La Constitution bavaroise du 26 mai 1818 ne se borna pas à consacrer le principe général de la liberté de conscience; pour adoucir l'effet produit par la conclusion du concordat, elle consacra une section sur les rapports entre les habitants du royaume et la société religieuse (*Über die aüssern Verhältnisse der Einwohner des Königsreichs in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaft*). Cette section, qui peut être considérée comme un *édit de religion* ou loi organique sur la matière, consacrait une pleine isonomie entre les diverses communions.

[2] Le concordat fut négocié et conclu par M. de Hæffelin, ministre de Bavière à Rome, évêque de Chersonèse, *in partibus*, au mois d'août 1816. Le gouvernement ne voulut pas d'abord ratifier le traité conclu par M. de Hæffelin, et demanda de nouvelles négociations; mais la résistance de la cour de Rome l'emporta, et le concordat fut approuvé.

portait que ces communautés seraient déterminées par un accord entre le gouvernement et le saint-siége[1].

La disposition la plus importante était contenue dans l'article 12 qui déterminait les attributions des évêques conformément à la discipline de l'Église, et leur reconnaissait, entre autres droits, la juridiction dans les matières ecclésiastiques et spécialement sur les questions relatives aux mariages, le pouvoir de punir soit les clercs, soit les laïques, le droit de publier librement leurs instructions pastorales, etc., etc., etc. De telles dispositions auraient eu pour effet le rétablissement de l'ancien système canonique si la compétence des évêques n'avait pas été restreinte par la Constitution et, en particulier, par la définition de ce qu'on doit entendre par matières spirituelles[2] et temporelles; par le maintien du placet relativement à l'introduction des actes de la cour de Rome[3] et par l'appel comme d'abus devant l'autorité séculière[4].

D'après l'article 13 du concordat, si les évêques du royaume publient des ouvrages contenant des propositions contraires à la foi, à la morale ou à la discipline ecclésiastique, le gouvernement doit en arrêter la publication. Par l'article 19 le gouvernement s'engage à faire respecter l'Église, ses croyances et ses ministres.

Quand on compare les articles du concordat avec les dispositions de l'édit de religion, on est frappé de l'analogie que la législation de Bavière présente avec la nôtre. Comme en France, le gouvernement bavarois a commencé par une convention très-favorable au saint-siége; mais comme chez nous, le concordat a été restreint par des articles organiques, et l'on peut dire que l'édit de 1818 est le pendant de notre loi du 18 germinal an X.

En Autriche, les rapports de l'État avec la cour de Rome ont, pendant longtemps, été régis par des dispositions où les droits de l'État étaient fermement maintenus; mais après les événements de 1848, le gouvernement, loin de voir des ennemis dans le clergé, a jugé que les ecclésiastiques étaient les

[1] Religionsedikt, § 38.
[2] §§ 64 et 65.
[3] § 58.
[4] § 52.

soutiens naturels de l'ordre, et à la suite de négociations engagées avec la cour de Rome, un concordat a été conclu le 18 août 1855.

Comme le concordat de Bavière, le concordat d'Autriche garantit à l'Église catholique romaine les droits et prérogatives que lui reconnaissent la loi divine et les canons; mais cette disposition n'est pas, en Autriche, restreinte comme elle l'est en Bavière par une loi organique ou édit de religion. La doctrine catholique étant essentiellement exclusive et l'État s'engageant à la faire respecter, il en résulte, en droit sinon en fait, que les autres confessions non-seulement ne sont pas admises à l'isonomie, mais encore ne peuvent pas coexister dans l'État avec la religion catholique.

L'article 2 reconnaît le pape pour souverain de l'Église *jure divino* et autorise la libre communication entre les évêques et la Cour de Rome pour tout ce qui concerne les affaires de discipline ecclésiastique; l'obligation du *placet* est supprimée par l'article 3. La disposition assez vague de l'article 4 reconnaît aux évêques tous les pouvoirs qui leur sont attribués par les canons d'après la discipline actuellement approuvée par la cour de Rome. De ce principe général on a tiré des conséquences d'une haute portée. Ainsi tous les établissements publics ou privés d'instruction sont obligés de se conformer, de tous points, aux doctrines catholiques, et les évêques ont le droit de les surveiller au point de vue de la conformité de l'enseignement avec la foi; il n'y a d'exception que pour les établissements qui ne reçoivent pas des élèves catholiques. Dans les gymnases et écoles secondaires destinés à la jeunesse catholique, les professeurs doivent tous être catholiques. Les écoles primaires catholiques sont placées sous la surveillance de l'Église, et c'est sur la présentation de l'évêque que l'empereur nomme l'inspecteur des écoles du diocèse.

Les établissements spécialement destinés à l'instruction religieuse ne sont pas seulement soumis à la surveillance de l'évêque, mais encore placés sous son autorité immédiate, quel que soit le degré que l'établissement occupe dans le corps enseignant, depuis l'école primaire jusqu'à l'Université. L'évêque peut, à son gré, leur retirer l'autorisation d'enseigner; aucun professeur de théologie n'est nommé sans son approbation, et

pour l'examen des candidats au grade de docteur en théologie, il désigne la moitié des examinateurs.

Les évêques ont le droit de censure sur tous les livres; ils peuvent signaler aux fidèles et défendre ceux qui contiendraient des propositions contraires à la foi. En ce cas, l'État doit empêcher la publication des ouvrages interdits.

Les articles 10-14 s'occupent de la juridiction ecclésiastique.

La compétence de l'Église en matière de causes ecclésiastiques (*causæ ecclesiasticæ*) est reconnue, en principe, et cette proposition générale n'est limitée que par l'énumération de quelques exemples formulés d'une manière peu précise. Des termes de l'article 10 il résulte que tous les procès qui se rattachent à la foi, aux sacrements, aux fonctions de l'ordre spirituel, aux droits et aux devoirs des clercs, appartiennent à la juridiction ecclésiastique, ce qui entraînerait la compétence de l'Église dans les questions de mariage, conformément aux dispositions du concile de Trente. Les évêques ont le droit de punir non-seulement les clercs pour manquement à la discipline, mais les laïques eux-mêmes pour leurs fautes dans l'ordre spirituel (*Kirchen Vergehen*); ils peuvent condamner les clercs à la détention. D'un autre côté, ces évêques, qui ont une compétence si étendue, sont dispensés de la justice ordinaire pour les délits de droit commun. Les évêques prêtent serment à l'empereur, en ces termes : « Juro et promitto, *sicut « decet episcopum*, obedientiam et fidelitatem. »

L'article 29 du concordat reconnaît à l'Église la pleine et entière faculté d'acquérir et la libre administration de ses biens; l'aliénation, au contraire, ne peut être faite qu'avec l'autorisation de l'Empereur.

Le Wurtemberg a également conclu un concordat le 8 avril 1857; on n'y trouve assurément pas une restauration aussi hardie de l'ancien système canonique que dans le concordat d'Autriche; mais il est conçu dans le même esprit. Suppression du *placet*, juridiction ecclésiastique dans les *causæ ecclesiasticæ*, droit de punir les laïques et les clercs, surveillance de l'enseignement au point de vue de la foi des mœurs, tous ces caractères sont communs aux deux concordats. Le grand-duc de Bade a également conclu, le 28 juin 1859, un concordat à peu près semblable à celui de Wurtemberg; mais l'opposition des

chambres, sur ce point, a été tellement vive que le gouvernement a rapporté l'ordonnance qui prescrit l'exécution de la convention[1]. A. BATBIE.

DE L'INVIOLABILITÉ DE LA RÉSERVE.

Par M. Ch. Fretel, procureur impérial à Brive (Corrèze).

DEUXIÈME ARTICLE[1].

Les commentateurs du Code discutent dans les termes de l'article 1048 et suivants les questions qui divisaient les anciens jurisconsultes au point de vue des atteintes que les substitutions pouvaient porter à l'intégrité de la réserve. Un père institue son fils légataire de biens considérables, le grève de restitution sans ordonner la distraction de la légitime, le bénéfice de l'institution lui tiendra-t-il lieu de légitime? Ou pourra-t-il la demander sur les biens substitués sans renoncer à l'institution? Telle est la première question que Toullier[1] examine et qu'il résout en faveur de la légitime. L'enfant pourra demander qu'elle soit distraite et libérée de la charge de restitution. Pothier était aussi de cet avis[2]. Le bénéfice de l'institution, consistant uniquement dans des perceptions à venir de fruits que l'enfant a droit de recueillir en vertu du testament, ne peut être imputé sur la réserve qui doit être délivrée sans retard, *sine morâ*, en pleine propriété.

Le dissentiment se dessine entre les auteurs, lorsque, dans l'espèce proposée, le père a formellement imposé au fils l'obligation d'opter entre la réserve et l'institution avec ses charges. Toullier ne voit dans cette clause rien de contraire à l'article 1048. L'option laissée par le testateur est une reconnaissance suffisante des droits du réservataire pour abriter le testa-

[1] Deuxième chambre, séances des 29 et 30 mars 1860. Première chambre, séance du 15 mai. — V. le *Staats-Wörterbuch* de MM. Blüntschli et Brater, aux mots *Kirchenhoheit*, *Bekenntnissfreiheit* et *Konkordate*.

[1] V. *suprà*, p. 257.

[1] T. III, *Des donations et testam.*, n° 731.

[2] *Traité des substitutions*, section 4, art. 1er, § 5 *in fine*.

ment contre la plainte d'inofficiosité. Le fils est libre d'accepter ou de refuser la substitution; s'il accepte, il se soumet à la condition et contracte l'engagement irrévocable d'exécuter la volonté du testateur, aux termes de l'article 1121.

Cette opinion n'est pas soutenable d'après M. Troplong : « elle ne tendrait à rien moins qu'à porter atteinte à la réserve et à faire renaître ces abus condamnés par le Code Napoléon; elle serait un piége pour le fils gratifié qui accepterait le legs; elle offrirait un appât captieux à la violation de la loi. Apposer à un legs une condition qui porte atteinte à la réserve, c'est imposer une condition illégale; car la défense faite par les articles 1048, 1049, de substituer les biens réservés est une défense de droit public et il n'y a pas de moyen qui puisse militer contre elle. » Cet éminent jurisconsulte cite Ricard qui se base sur la loi 32, au Code, *De inoff. test.* [1]

Les anciens jurisconsultes étaient aussi en désaccord sur la validité de la clause dont il s'agit.

Voët [2] est d'avis qu'un père pouvait grever la légitime du fils quand telle était la condition d'une substitution avantageuse; il exige seulement que la faculté ait été expressément accordée au fils d'accepter l'institution faite en un usufruit considérable ou d'avoir la légitime entière en biens libres, « cum non possit inofficiosum dici testamentum ex quo quis habuit legitimæ consequendæ potestatem. »

Perezius [3] enseigne, au contraire, que la légitime ne pouvant être gênée par aucun mode, doit être irrévocablement délivrée en toute propriété, « debet esse legitima sine deductione usufructus. »

Selon Fachinée [4], lors même qu'après l'ouverture de l'hérédité testamentaire un enfant approuve le testament du père contenant des charges sur la légitime, à moins que cette approbation ne soit expresse et nominative, elle ne porte point sur la charge qui est considérée comme non écrite, « fictione legis onus pro non scripto. »

Sous l'ancien droit français, Lebrun embrasse la doctrine de

[1] *Commentaire des donat. et des testam.*, n° 2227.
[2] V. titre *De inoff. test.*, n° 64.
[3] Au Code, *De inoff. test.*, n°s 41 et 42.
[4] *Controv.*, lib. XII, cap. 7. — V. également Peregrinus, art. 36, n°s 68, 80 et suiv.

Voët et la soutient par de fortes raisons [1], Voici, en résumé, ce qu'il dit : il n'est pas juste que le légitimaire, profitant des libéralités du testateur, se pourvoie contre ce testament ; il existe une règle de droit qui ne permet pas que, quand un testament renferme au profit d'une personne deux dispositions, l'une onéreuse et l'autre pure et simple, elle accepte celle-ci et renonce à la charge (L. 5, *De legatis*, 2°). D'ailleurs, ces deux dispositions procurent un bénéfice qui excède de beaucoup la légitime et selon l'opinion de la plupart des docteurs, il n'est pas défendu d'apposer quelque condition quand elle est avantageuse.

Son annotateur, le président Espiard de Saux, le combat d'une manière victorieuse, traite ses arguments de subtilités de jurisconsulte. Nous lisons dans les observations du président Espiard de Saux les hautes considérations sur l'utilité sociale de la réserve, mises en relief par M. Troplong, que Bigot-Préameneu a présentées au Corps législatif dans son exposé des motifs des articles 913 et suivants du Code Napoléon, et qui doivent faire fléchir toutes les atteintes dirigées par la volonté des testateurs. Nous remarquons ce sens exquis de l'esprit de la loi, la même explication de cette option entre une large libéralité en usufruit et la légitime entière qu'ils qualifient tous les deux d'un appât préjudiciable. « Ce que le droit civil ordonne sur ce point, dit le président Espiard de Saux, est l'effet d'une très-sage politique. On a voulu que, pour rendre solide l'établissement des enfants, ils eussent une portion légitime des biens de leurs père et mère tant en propriété qu'en usufruit, l'un sans l'autre étant insuffisant, etc., etc. »

Il examine ensuite les décisions de la jurisprudence, et n'hésite pas à dire qu'elle condamne la doctrine de Lebrun. Il passe en revue les autorités et classe les meilleurs jurisconsultes sous son drapeau [2].

Quant à nous, nous pensons que les lois 32 et 36 tranchent la difficulté. La défense de grever la légitime de quelque charge que ce soit emporte naturellement celle de la fidéicommisser, comme le fait observer le *Répertoire* de Merlin [3], Le droit d'option est un moyen détourné employé par le testateur pour se rendre maître de la réserve, faire plier les prescriptions des

[1] *Traité des successions*, chap. 3, sect. 4, p. 282 et suiv.

[2] V. dans le même sens le *Répertoire* de Merlin, *loc. cit.*, n° 10.

[3] *Légitime*, sect. 7, § 1er, n° 5.

lois 32 et 36 à des combinaisons prohibées par l'article 1048 du Code Napoléon et dépasser, au moyen de cette amorce, les limites du disponible. Cette option ne change pas le caractère de la disposition fidéicommissaire faite au mépris de l'article 1048, elle n'ajoute rien, car c'est un droit de l'héritier de réduire au disponible les libéralités de son auteur, nonobstant la volonté contraire la plus expresse. Si une substitution embrassant même la réserve, à laquelle le testateur n'aurait pas ajouté l'alternative dont il s'agit, serait réductible jusqu'à concurrence de la réserve, ainsi que Toullier le reconnaît, comment cette alternative que l'héritier puiserait dans la loi, qui n'est qu'un leurre dans le testament, aurait-elle pour effet de valider la substitution ?

Voët soutient que le testateur n'est pas inofficieux, qu'il n'a rien fait en fraude de la légitime, et qu'en conséquence ses dispositions ne doivent pas être attaquées ; mais c'est là la question à résoudre et elle ne doit pas être ainsi envisagée ; il ne s'agit point d'attaquer le jugement du père de famille par la querelle d'inofficiosité, il s'agit de savoir si la charge doit ou non subsister. Considérée sous ce point de vue, qui est le seul véritable, la question ne peut éprouver de sérieuses difficultés. La condition imposée à la légitime est censée non écrite, s'efface et s'évanouit de plein droit. Ainsi le légitimaire a sa légitime en biens libres par la seule force de la loi, sans avoir besoin de recourir à la querelle ni même à l'action en supplément, et il profite du bénéfice de l'institution par la volonté du disposant en substituant pour l'excédant la condition de rendre qui y est apposée, *utile per inutile non vitiatur*. Voët invoque l'usage à l'appui de son avis, et c'est plutôt l'usage que les principes qu'il a suivis. La faveur dont jouissaient les substitutions sous l'ancien droit et les avantages qu'on croyait retirer de ce genre de transmission pour la conservation des biens dans les familles et le maintien de leur illustration, ont pu motiver cette déviation aux véritables règles du droit. Aujourd'hui les substitutions étant jugées avec défaveur, comme des dérogations au droit commun, empreintes d'un esprit aristocratique qui choque les idées du temps, doivent être plutôt restreintes qu'étendues. Aussi la doctrine que nous embrassons prend de la force, sous le Code Napoléon, de l'article 896 qui prohibe les substitutions. La condition de rendre au delà du disponible n'étant

plus protégée par les articles 897, 1048 et suivants, se heurterait contre les écueils hérissés des substitutions qui briseraient la disposition tout entière, si elle échappait à l'application moins irritante du principe de l'intégrité de la réserve. La précaution, prise par le testateur, de déclarer que l'héritier aura le droit de rejeter cette charge, est une vaine couleur pour masquer le vice de cette disposition contraire à la raison de droit public qui veut que la réserve soit intacte, « reipublicæ interest legitimas salvas esse [1]. »

L'article 1052 sert de thème à une discussion qui a trait à une substitution dépassant la quotité disponible et qui rentre dans notre sujet. Il suppose qu'un père, un frère ou une sœur, ayant fait une donation de biens entre-vifs sans charge de restitution, consent une seconde libéralité par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront affectés de cette charge, et il décide que le fils, le frère ou la sœur, qui accepterait la seconde libéralité, ne pourrait plus diviser les deux dispositions, renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première. Les jurisconsultes se demandent si, dans le cas où la charge de restitution imposée au fils entamerait les biens de la réserve, son acceptation formerait une fin de non-recevoir opposable à l'action en réduction.

Grenier, Bayle-Mouillard sur Grenier [2] et Toullier [3], enseignent que l'acceptation du fils le lie irrévocablement et ne lui permet plus de rechercher le montant de la réserve, que la seconde libéralité lui advienne par acte entre-vifs ou par testament. L'article 1052 ne distingue pas, suivant eux, le cas où la charge de restitution comprendrait les biens de la réserve de

[1] Les arrêts des Cours de Paris et de cassation des 3 février 1829 et 7 février 1831, ne contrarient pas notre opinion. (V. *Journal du Palais*, arrêts rapportés à leurs dates.) Le testament déféré à ce Cours ne renfermait pas une option radicale entre la réserve et la substitution et l'éventualité de la perte totale de la réserve, en cas de contravention à la charge de conserver et de rendre. Le point de droit résolu par ces arrêts est qu'il est permis à un testateur de priver du disponible l'héritier qui contrevient à une condition affectant seulement le legs du disponible. C'est en ce sens que les annotateurs de Zachariæ les citent. — V. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 135, note 4. — V. également Req., Rej., 1er mars 1830, *J. P.*, arrêt rapporté à sa date.

[2] *Traité des donations*, t. Ier, n° 364; t. III, p. 128 et suiv.

[3] T. V, n° 732.

celui où elle ne les atteindrait pas. Il est conçu sans restriction et régit les deux hypothèses.

M. Coin-Delisle fait une distinction [1], embrasse cette opinion seulement quand la seconde libéralité concédée par testament est un legs que le grevé accepte après le décès du testateur.

M. Troplong [2], le grand maître du droit civil, aborde la difficulté sans distinction; il détache la réserve franche de toute charge dans la répartition que le père a faite de son patrimoine, soit par acte entre-vifs, soit par disposition testamentaire. Le père est censé, à défaut de volonté formellement exprimée, n'avoir pas voulu porter atteinte à la réserve, méconnaître les sages prescriptions de la loi édictée en faveur de son sang, et le fils, en respectant le testament et en acceptant la donation, n'avoir pas renoncé au bénéfice attaché à sa qualité d'enfant; il a différé sa résolution définitive jusqu'à l'estimation de l'hoirie qui, en fixant la valeur des libéralités, l'éclairera sur cette résolution. Si le père avait manifesté une intention contraire, en soumettant par une clause expresse la réserve à la charge de restitution, cette clause inofficieuse qui met les dispositions du père de famille au-dessus de l'ordre public serait considérée comme non écrite; la charge de restituer ne vaudrait que jusqu'à concurrence de la portion disponible.

Cette doctrine, la plus équitable, la seule juridique, offre une solution pratique qui ne violente aucune situation en vertu du texte de l'article 1052. Grenier et Toullier en exagèrent la portée et le sens. En effet, il n'est pas vrai que l'article 1052 ne distingue pas entre l'hypothèse où la charge de restitution entame la réserve et celle où les biens substitués sont disponibles entre les mains du père. L'acceptation ne forme pas un bien indivisible embrassant irrévocablement la réserve et le disponible. L'article 1052 ne place pas le réservataire dans cette situation extrême. Il vient à la suite des articles 1048, 1049 qui limitent l'étendue de la substitution à la quotité disponible, et l'article 1052 se meut dans ce cercle. En dehors de cette quotité, on tombe dans la prohibition des substitutions, et alors comment soutenir que le père, méconnaissant les articles 1048

[1] *Commentaire des donations et des testaments*, art. 1052, n° 2.
[2] *Comment. des don. et test.*, art. 1052, n°s 2232, 2233, 2234.

et 1049, puisse, en vertu de l'article 1052, qui lui permet de substituer des biens précédemment donnés, réduire le fils à cette alternative, ou de renoncer à toutes les largesses du père en s'en tenant à la légitime, ou de consentir à grever de substitution ce secours (*subsidium*) que la loi lui réserve pour son existence? Comment soutenir que le légitimaire ne pourra distinguer ce que les articles 1048 et 1049 délimitent, restreindre au disponible les effets de son acceptation, lorsque l'époque d'évaluer ce disponible sera venue? L'article 1052 consacre une exception à l'irrévocabilité des donations; il permet au donateur d'affecter d'une condition des biens dont il s'était dépouillé. Ce serait se méprendre sur sa signification que d'accorder à cette disposition d'autres effets exceptionnels.

Il est la reproduction de l'article 16 de l'ordonnance de 1747.

Pothier[1], après avoir commenté cet article 16, au § 4, section 4, article 1er, de son *Traité des substitutions*, se demande au paragraphe suivant jusqu'à quelle concurrence on peut grever quelqu'un de substitution. Il enseigne, sans distinction, que l'enfant grevé de substitution a droit de distraire sa légitime quitte de toutes charges sur les biens substitués, s'il n'est pas rempli d'ailleurs.

Furgole[2], compte les légitimes des enfants du substituant parmi les détractions à opérer sur les biens substitués en vertu des lois romaines dont la sagesse s'est fait jour sous toutes les législations et luit encore dans son plus vif éclat sous l'empire du Code Napoléon. Nulle part dans son commentaire de l'ordonnance de 1747, Furgole n'amoindrit le principe de l'intégrité de la légitime. Il n'entrait donc pas dans les prévisions de cette ordonnance, de l'article 16, d'entamer les biens affectés à la légitime, et cependant cette ordonnance était plus favorable aux substitutions que le Code Napoléon.

Merlin[3] examine aussi quelle est la portée de l'article 16 de l'ordonnance combiné avec les lois 32 et 36 du Code, *De inoff. test.*, et il reconnaît que cette disposition n'atteint pas la subsistance des enfants. Cet article permet une chose juste en soi,

[1] *Traité des substitutions*, sect. 4, art. 1er, §§ 4, 5.

[2] *Commentaire de l'ordonnance de* 1747 *sur les substitutions*, tit. 1er, art. 41, p. 214; tit. 2, art. 9, p. 326 et suiv.

[3] *Répertoire*, v° *Légitime*, sect. 8, § 3, art. 1er, n° 10.

grève de substitution les biens sortis du patrimoine du donateur en y ajoutant une nouvelle libéralité; mais se servir de cette combinaison pour compromettre la légitime, c'est accorder à cet article un sens qu'il n'a jamais eu.

La réserve est la succession indisponible, sous le Code Napoléon. Les articles 791 et 1130 défendent de pactiser sur une succession non encore ouverte. L'acceptation entre-vifs du fils tombe sous la prohibition de ces articles, ainsi que le remarque M. Coin-Delisle. Lorsque la seconde libéralité est faite par testament, sans doute l'héritier peut renoncer aux droits légitimaires. Les lois romaines n'ont en vue que son intérêt, et chacun renonce valablement à un droit introduit en sa faveur. Au décès du disposant, la réserve entre de plein droit dans le patrimoine de l'héritier, il en dispose dès lors comme de sa chose. Aussi, s'il accepte la substitution et abandonne ses droits légitimaires, sa détermination exprimée d'une manière certaine, soit expressément, soit tacitement, sera la loi de ses héritiers qui seront d'autant plus portés à la respecter qu'elle leur assurera, du vivant du père, une plus grande part de nue propriété, car la substitution ne peut être faite qu'au profit des enfants du grevé. Seulement, la substitution n'étant pas renfermée dans les termes de l'article 1048, ne vaudra que par la volonté de l'héritier, et ses créanciers pourront exercer les droits qu'ils puisent dans les articles 1166 et 1167 du Code Napoléon.

Mais, en l'absence d'une renonciation expresse ou tacite, résultant d'actes qui ne laisseront aucun doute sur l'intention du grevé de ne pas se prévaloir de sa qualité de légitimaire pour réduire la substitution, son acceptation du legs n'équivaudra pas à une renonciation à la réserve. Cette renonciation ne doit pas s'induire facilement. La légitime reste, à raison de son inviolabilité, en dehors des agissements ordinaires que provoque l'ouverture d'une succession; l'acceptation décèle la volonté de l'héritier de profiter de la libéralité, mais elle ne prouve pas qu'il abdique les droits du sang. Nous étayons notre opinion sur l'autorité du droit romain et d'anciens jurisconsultes.

A la constitution qui forme la loi 35, Code, *De inoff. test.*, § 2, Justinien pose en principe général, *et generaliter definimus*, que, quand un père a laissé à son fils moins que sa légitime ou lui a donné soit à cause de mort, soit entre-vifs à la condi-

tion d'y imputer quelque chose d'une valeur inférieure, si ce fils a simplement reçu, après la mort du père, ce qui lui a été laissé ou donné, en souscrivant quittance aux héritiers, sans se réserver la répétition du surplus, il ne se préjudicie pas et peut demander à être rempli de sa légitime, à moins que dans un écrit, une transaction ou une convention expresse, il n'ait formellement déclaré que, content de ce qu'il a reçu, il renonce à toute répétition du surplus; alors seulement toute voie lui sera fermée, comme ayant approuvé le jugement du défunt. Les jurisconsultes [1] enseignent, d'après cette constitution impériale, que le légitimaire n'est jamais censé renoncer à ses droits par une approbation ou une exécution des volontés du défunt qui n'est pas accompagnée d'une renonciation expresse ou d'un fait équivalant à un abandon exprès. Sans les suivre dans les diverses applications de leur doctrine, nous nous bornerons à la question qui nous occupe.

Nous avons déjà vu que Fachinée relève de toutes conditions l'enfant qui approuve le testament, lors de l'ouverture de l'hérédité, « ergo quando filius testamentum patris approbat, non intelligitur onus istud agnovisse. »

Péregrinus nous fait entrer plus profondément dans le cœur de la difficulté à l'article 36, n° 82, où il dit : « Respondit Cæphalus, filium per fideicommissum universali gravatum simpliciter agnoscentem paternam hæreditatem sibi prejudicare in legitima, attamen male in re hac locutus fuit et contra sentit ipsemet Cæphalus, Cons. 42, n° 4 et 281, n° 35 et illum reprehendit Menochius, lib. IV, præsump. 196, n° 22; in supplemento autem legitimæ fatentur majores nostri quod detrahatur ex legis auctoritate contra votum testatoris, Bart. in L. Libert. § filium, ff., De annuis leg., etc. »

Enfin Ricard importe cette doctrine dans l'ancienne jurisprudence française; il s'exprime ainsi au n° 991 : « Les docteurs tiennent communément que combien que le fils accepte l'institution faite de sa personne sous cette condition expresse qu'il ne pourra distraire sa légitime des dispositions particulières dont il le charge, que cette acceptation, quoique faite purement et sim-

[1] V. Ant. Faber, *Code*, lib. III, tit. 19, défin. 10, où il cite à l'appui un arrêt du sénat de Savoie du 8 septembre 1588... — Pérégrinus, art. 36, n°s 80, 82. — Fachinée, *Controv.*, lib. XII, cap. 7. — Ricard, *Traité des donations*, n°s 989, 991.

plement sans aucune protestation, ne l'exclut pas du supplément ou de la rétention de la légitime, parce que, disent-ils, il est présumé avoir accepté aux termes de droit, n'ayant pas eu besoin de réclamer en particulier, attendu que la loi conservait les intérêts [1]. »

CH. FRETEL.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

LA JUSTICE ADMINISTRATIVE EN FRANCE,

OU TRAITÉ DU CONTENTIEUX DE L'ADMINISTRATION, par M. DARESTE, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation [2].

Compte rendu par M. REVERCHON, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes.

La science du droit donne lieu à deux ordres de travaux ; les traités généraux et les monographies spéciales. Au point de vue pratique, celles-ci peuvent rendre et rendent souvent d'incontestables services ; elles contribuent, d'ailleurs, à assurer la marche du jurisconsulte qui aspire à embrasser dans une vue d'ensemble les grandes divisions de la législation et de la jurisprudence. Mais ce dernier avantage que nous leur reconnaissons indique suffisamment que, selon nous, un degré plus élevé est dû, dans l'échelle de l'estime publique, aux traités généraux : car ils exigent à la fois les qualités qui font le succès des bonnes monographies et celles que suppose l'esprit généralisateur.

Parmi les difficultés de diverse nature qu'ils présentent, il en est une qui a, dans le droit administratif, une gravité particulière : elle se rapporte au plan qu'il convient d'adopter. Dans

[1] V. en ce sens arrêt de la Cour de cassation, Req., Rej. du 20 avril 1859 ; *Journal du Palais*, 1860, p. 934.

[2] Un volume in-8°. — Paris, chez Durand, libraire, rue des Grès.

le droit civil et même dans le droit criminel, ce plan est à peu près donné par les lois qu'il s'agit d'expliquer : en France du moins, les auteurs même qui s'écartent quelque peu de la méthode exégétique demeurent, en définitive, fidèles à l'ordre tracé par nos Codes, et nous sommes de ceux qui croient que cette fidélité, sous la condition de ne pas dégénérer en une aveugle servilité, est à la fois plus scientifique et plus pratique que la prétention contraire. Mais, dans le droit administratif, il n'y a pas de Code général, et nous doutons beaucoup qu'il y en ait jamais ; l'auteur qui veut exposer ce droit dans toutes ses variétés doit donc, avant tout, tracer lui-même son itinéraire sur la carte du pays qu'il se propose de parcourir. Bien des tentatives ont été faites déjà pour trouver le fil conducteur le plus propre à guider l'esprit dans le dédale apparent de cette vaste étude ; aucune n'a été couronnée d'un plein succès, et du reste il n'est possible d'aspirer, en pareille matière, qu'à une perfection essentiellement relative.

Comment M. Dareste, pour traiter le sujet fort étendu qu'il a embrassé, a-t-il résolu cette question préliminaire et fondamentale? Son livre est divisé en deux parties; dans la première il expose l'histoire et l'organisation des tribunaux administratifs; dans la seconde il fait connaître leur compétence et les règles de droit qu'ils sont chargés d'appliquer.

De ces deux parties, la première se recommande à nos yeux par un mérite qui, sans constituer précisément une innovation, est pourtant assez rare pour qu'il soit juste de le signaler : nous voulons parler du développement qu'a donné l'auteur aux notions historiques concernant le régime antérieur à 1789. Trop souvent c'est à cette dernière date et aux institutions du Consulat et du premier Empire que s'arrêtent toutes les investigations et tous les enseignements des ouvrages consacrés au droit administratif; trop souvent on semble admettre ou supposer que notre législation administrative n'a pas d'autre berceau. Déjà, il est vrai, l'éminent publiciste que la France a récemment perdu, M. de Tocqueville, dans son livre malheureusement inachevé sur l'Ancien régime et la Révolution, a redressé bien des erreurs et jeté de bien vives lumières sur ce point; M. Dareste est entré dans la même voie, et il établit catégoriquement que l'organisation administrative de la France remonte, en grande partie, aux temps qui ont précédé 1789. Il

est même juste de reconnaître, d'une part, que la centralisation n'était pas devenue moins étroite alors qu'aujourd'hui, et que, soit à raison de l'étendue des circonscriptions, soit à raison de la difficulté des communications, elle offrait encore plus d'inconvénients ; d'autre part, qu'elle n'était pas atténuée et contenue par les garanties, incomplètes sans doute, mais néanmoins efficaces et sérieuses, qui ont été ultérieurement le fruit de la liberté politique, tant qu'elle a existé. Le mal n'est pas, à nos yeux, dans le principe de la centralisation : il est dans l'excès de quelques-unes des applications de ce principe, il est aussi dans le défaut de contre-poids et de contrôle, et, sous ce rapport, il devait être et il a été plutôt aggravé qu'affaibli, dans l'état actuel de nos institutions, par la prétendue décentralisation qu'a opérée le décret du 25 mars 1852.

C'est surtout en abordant la seconde partie de son travail que M. Dareste a rencontré la question à laquelle nous avons déjà fait allusion. « Dans l'exposition des règles qui résultent « des lois et de la jurisprudence, le moment semble venu, dit-il, « d'abandonner l'ordre purement alphabétique pour suivre une « méthode rationnelle. Les jurisconsultes romains ont ramené « tout le droit civil à un système si simple et si bien coordonné, « que nous nous en servons encore, et que probablement on « s'en servira toujours. Pourquoi ce système, que les Romains « appliquaient au droit public comme au droit privé, ne pour- « rait-il pas être suivi dans l'étude de notre droit administratif? « Cette idée est trop simple pour ne pas être juste. Elle a « l'avantage de donner un lien aux diverses matières du droit « administratif, de les rapprocher d'après leurs affinités natu- « relles, enfin de conduire par la voie la plus courte aux prin- « cipes généraux. Ainsi l'étude de l'histoire, la comparaison « des législations étrangères, l'exposition du droit administratif « dans l'ordre habituellement suivi pour le droit civil, voilà « par où le travail que nous publions aujourd'hui peut se re- « commander encore, après tant d'autres, à l'attention des « lecteurs. »

Cette idée d'exposer les règles du droit administratif dans l'ordre habituellement suivi pour le droit civil n'est pas exclusivement propre à M. Dareste : nous la trouvons aussi dans le premier volume, le seul qui ait paru jusqu'à ce jour, du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, par

M. Batbie, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris. Cet accord fortuit de deux excellents esprits dans le choix de leur méthode est assurément de nature à la recommander, et elle nous séduirait d'autant plus, quant à nous, qu'elle présenterait manifestement les avantages qu'y signale M. Dareste. Nous avons néanmoins conçu et nous conservons quelques doutes à ce sujet : il y a telle matière du droit administratif qui ne se rattache que par des analogies forcées aux objets du droit civil; il y a telles autres matières que cette méthode éloigne et isole les unes des autres, alors que la nature des choses conduirait à les rapprocher. Mais, en définitive, il n'y a guère de classification qui n'ait ses inconvénients et ses défauts; si celle de M. Dareste prête à certaines objections, il est plus facile de la critiquer que de lui en substituer une autre qui soit irréprochable.

Quant à la comparaison entre la législation française et les législations étrangères, nous ne saurions trop applaudir à cette étude, également comprise dans le plan de M. Batbie. Nous savons fort bien qu'elle doit être abordée et suivie avec discernement; nous savons que le vrai sens et la portée réelle d'une institution échappent aisément à l'observateur étranger; nous savons enfin que telle institution, parfaitement appropriée à tel pays, ne pourrait être utilement importée ou naturalisée dans le nôtre. Mais, sous ces réserves, l'étude dont il s'agit mérite éminemment d'être encouragée et développée en France, où elle est à peu près sans précédents : l'extrême vanité, qui forme en toutes choses l'un des traits les plus anciens et les plus saillants de notre caractère national, nous persuade *à priori* que nous possédons l'étrange privilége de pouvoir offrir partout des exemples et des leçons sans avoir à en demander ou à en recevoir nulle part. Même dans la sphère du droit privé, un commencement de modestie ne serait plus déplacé de notre part, depuis les progrès que d'autres pays ont réalisés dans leur législation hypothécaire, dans leur procédure, etc.; ce sentiment serait mieux justifié encore dans notre législation administrative, qui, excellente à beaucoup d'égards, est si insuffisante, si incohérente, si nulle sur un certain nombre de points importants.

Jetons maintenant un rapide coup d'œil sur l'application que M. Dareste a faite de sa méthode dans la seconde partie de son

ouvrage. Prenant, avec raison, son point de départ dans le principe de la séparation du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire, il s'attache à marquer le sens et à indiquer les limites de ce principe, qui, pour le dire en passant, a plus d'une fois produit des conséquences dont l'Assemblée constituante, en le proclamant dès 1790, n'avait probablement ni mesuré ni même entrevu l'étendue. De cette séparation découle le droit qui appartient nécessairement à l'administration, de défendre ses prérogatives légales par l'exercice du conflit, dont le jugement est remis au Conseil d'État. M. Dareste esquisse ensuite les caractères généraux du contentieux administratif, et, à cette occasion, il trace les règles au moyen desquelles il est habituellement possible de distinguer les affaires administratives qui peuvent se produire sous la forme contentieuse, et celles qui rentrent dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Ces dernières, toutefois, n'échappent pas d'une manière absolue au Conseil d'État, qui peut toujours en connaître pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir; ce genre de recours a même pris, depuis 1852, une extension d'autant plus salutaire qu'il devenait à peu près, dans une foule de circonstances, le seul frein à l'arbitraire administratif, et la fermeté avec laquelle le Conseil d'État réprime, par cette voie, les abus d'autorité qui peuvent lui être et lui sont déférés, ne constitue pas l'un des moindres services qu'il ait rendus aux intérêts privés et au gouvernement.

Après ces prolégomènes, l'auteur aborde les divers objets du contentieux administratif. Il considère d'abord les personnes administratives au point de vue de la constitution des pouvoirs publics et de l'exercice des droits politiques. Il s'occupe ensuite de ces personnes en tant que leurs actes donnent spécialement naissance au contentieux administratif, ce qui comprend l'État, les départements, les communes et les établissements publics. En ce qui touche l'État, il l'envisage, d'une part, comme propriétaire, c'est-à-dire comme possédant et gérant le domaine de l'État proprement dit et le domaine public, d'autre part, comme créancier ou débiteur. Sous ce dernier point de vue, l'auteur expose successivement les obligations résultant des contrats passés par ou avec l'État, les obligations qui dérivent à son égard de l'autorité seule de la loi, celles qui proviennent de quasi-contrats ou de délits et quasi-délits,

et il fait rentrer dans les cadres du droit civil, avec plus ou moins d'effort, très-souvent avec succès, les diverses matières du contentieux. Quant au département, à la commune et aux établissements publics, il ne lui reste guère qu'à noter les différences principales qui les séparent de l'État. Cette seconde partie se termine enfin par une indication sommaire des règles de la procédure administrative.

Nous ne pouvons, à notre grand regret, donner de plus amples développements à notre analyse ; restreignons-nous à quelques citations qui nous paraissent plus particulièrement propres à faire ressortir, soit l'intérêt de l'ouvrage, soit l'esprit judicieux et sagement libéral dont le souffle l'anime et le vivifie.

Après avoir examiné la situation de l'État créancier et les règles des prescriptions que peuvent opposer les débiteurs du fisc, M. Dareste examine (p. 292) l'hypothèse inverse, celle de l'État débiteur, et quelques traits lui suffisent pour justifier historiquement la supériorité du régime actuel, même dans la nécessaire sévérité de ses déchéances :

« Si le roi, dit-il, dans l'ancien régime, ne permettait pas « qu'on lui opposât la prescription, il ne se faisait pas scrupule « de l'invoquer à son profit. C'est, il faut bien en convenir, une « triste histoire que celle de la dette publique jusqu'à 1789, et « même jusqu'à l'avénement de la Restauration [1]. La banque- « route était permanente. La pratique du gouvernement était de « payer les dépenses courantes, le reste allait grossir l'arriéré. « Puis, tous les quinze ou vingt ans, on faisait une liquidation « générale, assez semblable à ce qui se pratique aujourd'hui en « cas de faillite. Tous les créanciers de l'État étaient mis en « demeure de produire leurs titres dans un délai très-court, à « peine de déchéance. Des commissaires du conseil, ainsi que « nous l'avons déjà expliqué, étaient chargés de vérifier ces « titres, et l'État, par une singulière application du droit de

[1] « L'Empire s'est peu servi du crédit ; il n'en aimait pas l'usage, il n'en « pratiquait pas les deux conditions essentielles : l'exactitude et la bonne « foi. » (M. Dumon, *Revue des Deux-Mondes* du 15 septembre 1849, p. 895.) Il faut lire, dans les documents contemporains, le récit des luttes que M. le baron Louis, ministre des finances en 1814, a dû soutenir contre les amis inintelligents de la Restauration (tous les gouvernements ont le malheur d'avoir et souvent d'écouter de tels amis), pour rendre à la Restauration et à la France le service de créer, par le scrupuleux respect des engagements contractés, le crédit public et l'ordre financier.

« retrait litigieux, les rachetait, non à leur valeur nominale, « mais à leur valeur réelle, que lui-même avait contribué à « déprécier. »

Plus loin, à l'occasion des fonctions publiques, M. Dareste établit le parallèle suivant entre les fonctions civiles et les fonctions militaires (p. 372) :

« Dans les carrières civiles, il est de principe que l'État a un « pouvoir discrétionnaire pour tout ce qui concerne l'admission « aux emplois, l'avancement, la discipline, la mise à la re- « traite et, au besoin, la suspension ou la destitution des em- « ployés, sauf le principe de l'inamovibilité de la magistrature. « Les employés ne peuvent même donner leur démission qu'à « charge de la faire accepter. A l'encontre de l'État, l'employé « n'a droit qu'à deux choses : son traitement, et plus tard sa « pension de retraite, s'il réunit les conditions exigées pour en « obtenir une. — Dans la carrière militaire, au contraire, l'état « et l'avancement des officiers sont réglés par la loi, et en con- « séquence soustraits, au moins dans une certaine mesure, au « pouvoir discrétionnaire de l'administration. Ce privilége, ac- « cordé aux fonctions militaires, ne saurait être à jamais refusé « aux fonctions civiles. En Allemagne, où l'état des officiers « n'est pas garanti par la loi, la position des fonctionnaires « civils est assurée de la manière la plus large. La *pragmatique* « bavaroise peut être citée comme un modèle à cet égard. Si « notre législation française n'a pas encore atteint le même « but, elle y tend du moins et y arrivera sans doute quelque « jour. »

Nous nous associons certes, dans la mesure de ce qu'ils ont de possible, à ces vœux de M. Dareste; nous nous associons moins à ses espérances en ce qu'elles auraient d'immédiat, et nous ne faisons aucun doute, par exemple, que si les lois de 1832 et 1834 sur l'avancement et l'état des officiers de terre et de mer étaient à faire aujourd'hui, elles ne triompheraient pas des attaques que dirigeraient contre elles les défenseurs aveugles de ce que l'on appelle le principe d'autorité. Ce n'est pas que nous méconnaissions la vérité et la nécessité de ce principe; nous ne contestons que les applications excessives et les regrettables exagérations sous lesquelles il est trop souvent de mode de le travestir aujourd'hui, et nous retrouvons bien là cette vieille tendance de l'esprit français, qui, selon

un mot célèbre, *ressemble à un paysan ivre à cheval, retombant d'un côté quand on le relève de l'autre.*

Rappelant ensuite la règle de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, et après avoir constaté qu'elle a rapidement fait fortune dans divers gouvernements de l'Europe, M. Dareste (p. 520) porte sur cette règle un jugement que nous n'hésitons pas à accepter [1] :

« Qu'une pareille institution se soit établie sous des gouverne-« ments despotiques, on le comprend sans peine; mais il est plus « difficile d'expliquer comment elle a pu se maintenir sous des « gouvernements constitutionnels. La garantie des fonction-« naires publics n'est pas même une conséquence du principe « de la séparation des pouvoirs : car, si le jugement d'un pro-« cès de ce genre soulève une question administrative, le con-« flit peut toujours être élevé..... Il y a plus, la garantie a été « supprimée, et sans inconvénient, pour les employés des con-« tributions indirectes dans tous les cas, et même pour tous « employés ou fonctionnaires publics, dans le cas où l'action « intentée est une action en répétition pour perception illégale. « — Il est donc évident que l'article 75 de la Constitution de « l'an VIII ne fait autre chose que de conférer au gouverne-« ment le droit d'arrêter arbitrairement le cours de la justice. « Aussi la Constitution prussienne (de 1850) n'a pas hésité à sup-« primer purement et simplement la garantie des fonction-« naires, et s'est contentée de limiter à trois ans la durée de « l'action en responsabilité. Cette mesure est d'un bon exem-« ple. Une courte prescription, quelque peine contre les plai-

[1] Il ne nous appartient guère, et ce ne serait pas ici le lieu de dire les motifs de notre opinion à cet égard. Bornons-nous à rappeler qu'un des hommes qui ont le plus contribué à faire maintenir le principe de l'article 75, lors de la discussion législative à laquelle ce principe a donné lieu en 1835, M. Vivien, a fini par reconnaître son erreur. (V. la 2e édition de ses *Études administratives*, t. Ier, p. 77 et suiv.) Il est même à remarquer que, dans les premières années de l'établissement d'un gouvernement libre en France, la garantie de l'article 75 a été supprimée par le législateur chaque fois que des cas spéciaux ont amené la question devant lui : il suffit de citer l'article 55 de la loi du 28 avril 1816 sur les douanes, en ce qui touche les employés des douanes, et l'article 144 de la loi du 8 décembre 1814, en ce qui touche les employés des contributions indirectes, c'est-à-dire des agents qui, par la nature même de leurs fonctions, sembleraient plus exposés que beaucoup d'autres à susciter ces mécontentements et ces irritations contre lesquels on croit qu'une protection absolue est indispensable.

« deurs téméraires, peut-être même la suppression du premier « degré de juridiction : voilà les seules garanties qu'un gouver- « nement libre puisse accorder à ses fonctionnaires. La garan- « tie administrative dépasse le but. »

Il nous en coûte de ne pouvoir citer également *in extenso* les pages dans lesquelles l'auteur exprime la conclusion de tout son travail. Selon nous, M. Dareste est pleinement fondé à dire que cette conclusion peut se résumer d'un mot : *la tendance progressive et constante du droit administratif à se rapprocher du droit commun, tendance qui se manifeste à la fois dans le fond du droit et dans la juridiction.* Sans contester, en effet, les différences qui existent et doivent exister entre la juridiction administrative et la juridiction civile, il faut reconnaître qu'aujourd'hui le Conseil d'État, statuant au contentieux, offre véritablement les caractères et les garanties d'une Cour de justice. La même appréciation ne saurait, il est vrai, s'appliquer aux juges administratifs du premier degré, dont l'organisation et les formes de procéder présentent les plus déplorables inconvénients; mais il est permis d'espérer qu'un jour viendra où cette grave lacune de notre législation sera comblée. En attendant, nous empruntons encore à M. Dareste ce dernier passage :

« Ce serait donc faire fausse route que d'attaquer au nom des « principes libéraux la justice administrative, et cependant les « attaques ne lui ont pas été épargnées. N'a-t-elle pas été re- « présentée comme un être équivoque, s'efforçant de réunir « dans une combinaison chimérique l'administration et la jus- « tice, le droit et le bon plaisir, Thémis menteuse entr'ou- « vrant les yeux sous son bandeau, pour glisser dans la balance « les poids qui lui conviennent? Railleries oubliées aujourd'hui; « aussi bien le trait ne porte plus. En dépit des théories de « quelques imprudents défenseurs, le Conseil d'État au conten- « tieux est une véritable Cour de justice. Sa mission n'est « pas d'éluder, mais d'appliquer le droit : elle contrôle l'admi- « nistration bien plus qu'elle ne la sert. — Il y a plus : si la li- « berté politique s'établit quelque jour en France, si les Fran- « çais entreprennent de se gouverner eux-mêmes, comme il « appartient aux peuples parvenus à la virilité; si nous devons « voir un jour l'omnipotence de l'État restreinte, l'individu et la « commune affranchis de la tutelle excessive du pouvoir, le

« rôle de la justice administrative ne sera pas terminé pour « cela. Au contraire, alors plus que jamais, il faudra un tribu- « nal unique, assez haut placé dans l'opinion pour pouvoir do- « miner toutes les résistances, capable de diriger, de réveiller « au besoin l'initiative individuelle, en un mot de jouer en « France le rôle de la cour du banc de la reine en Angleterre. « Un pareil tribunal est tout trouvé : c'est assurément le Con- « seil d'État. »

En résumé, le livre auquel nous venons de consacrer ces lignes mérite, à tous égards, d'être distingué parmi les meilleurs travaux qu'ait fait éclore l'étude du droit administratif. Nous ne saurions toutefois nous empêcher de regretter qu'il n'ait cité aucun arrêt, aucun ouvrage moderne à l'appui des règles dont il présente l'exposé. Sans nier l'abus qui a été quelquefois fait des citations, nous craignons qu'il n'y ait plus d'inconvénients à les supprimer qu'à les multiplier : le premier de ces procédés a le tort d'appeler une confiance ou une défiance égale sur toutes les assertions d'un auteur, alors que cependant les unes reposent sur l'autorité de la loi ou d'une doctrine et d'une jurisprudence incontestées, et que les autres sont ou peuvent être encore dans le domaine de la controverse. Nous aimons à penser que M. Dareste reviendra ultérieurement sur le parti qu'il a pris à cet égard; nous soumettons ce souhait à ses réflexions, pour le moment où il aura à s'occuper de la seconde édition que nous prédisons sans hésitation à son excellent travail.

E. REVERCHON.

BIBLIOTHÈQUE DE L'ADMINISTRATION FRANÇAISE, dirigée par M. Maurice Block. — Traité de l'administration municipale, par M. Smith. — Traité de la police administrative, par M. Grün. — Traité des établissements de bienfaisance, par M. de Lamarque. (Paris, chez Berger-Levrault, rue des Saints-Pères, 8.)

C'est une heureuse idée de renfermer dans une série de traités, composés chacun d'un seul volume, tout l'ensemble des matières formant l'objet du droit administratif. L'exécution de ce plan comportait deux éléments principaux : les principes, la théorie, et l'application, la pratique; le premier a été écarté par M. Block, sans doute comme entraînant des développements qui auraient augmenté le nombre des volumes. Les traités qui

ont paru jusqu'ici sont donc des ouvrages d'utilité pratique, où les questions se trouvent discutées, mais toujours au point de vue de l'usage immédiat. Ils ont les qualités que comportent les livres de ce genre, la clarté, la bonne disposition, l'ordre, la sobriété, la concision; ils sont complets, et réunissent tous les documents concernant le sujet de chacun d'eux. On reconnaît à la première lecture qu'ils ont été écrits par des hommes compétents; MM. Smith et Lamarque appartiennent à l'administration, et en démontrent parfaitement les rouages et l'action; M. Grün est, depuis longtemps, apprécié par ses ouvrages sur le droit et l'économie politique. L'éditeur a débuté par trois traités qui font bien augurer du succès de son entreprise.

PARTIE ÉTRANGÈRE.

ÉTUDES SUR LE NOUVEAU CODE PÉNAL

DES ÉTATS DE S. M. LE ROI DE SARDAIGNE[1].

Par M. Paul Bernard, docteur en droit, procureur impérial à Château-Thierry (Aisne).

PREMIER ARTICLE.

PREMIÈRE PARTIE.

De nouveaux Codes viennent d'être publiés dans les États du roi de Sardaigne; on ne lira pas sans intérêt l'exposition des principes nouveaux qu'ils contiennent, mis en regard de nos lois pénales dont de nombreux jurisconsultes sollicitent la révision.

Dispositions préliminaires.

Le Code qualifie *infraction toute violation de la loi pénale* (art. 1er). Cette définition est précise et signale en quelques

[1] Turin, imprimerie royale, 1859.

mots tous les caractères qui constituent l'infraction ; la violation d'une loi pénale exprime, en effet, un fait positif aussi bien qu'un fait négatif ou une omission contraire à une disposition expresse d'une loi écrite.

« L'infraction que les lois punissent de peines criminelles est « un *crime;*

« L'infraction que les lois punissent de peines correction- « tionnelles est un *délit;*

« L'infraction que les lois punissent d'une peine de police « est une *contravention* » (art. 25).

Comme la loi française, le Code de Sardaigne ne tient compte, pour déterminer le caractère des infractions, que de la peine qu'il leur inflige. Ses rédacteurs ont avec raison dédaigné les critiques amères des publicistes qui auraient voulu classer toutes les actions humaines d'après leur nature intrinsèque, prétendant que le despotisme du législateur avait envahi et bouleversé le domaine de la morale et révélé des intentions purement matérialistes et utilitaires. Le législateur sarde, préoccupé de l'utilité pratique rendue incontestable par l'expérience d'un demi-siècle, d'une règle claire et précise, a dû compter sur les inspirations de la conscience humaine. En effet, chacun sait à part soi, dans le for interne, discerner l'immoralité d'un acte, indépendamment de toute loi positive; chacun comprend l'immoralité absolue et l'immoralité relative, c'est-à-dire qui n'existe que par le péril social auquel exposent certaines actions. Sans doute il serait facile de classer les actes d'après leur immoralité, mais il faudrait alors renoncer à une échelle de pénalité en rapport avec le but que les lois pénales se proposent, celui d'assurer l'existence de la société, puisqu'une simple contravention doit, dans certains cas, être punie plus sévèrement qu'un délit. Et qu'on ne prétende pas que l'impuissance où est la loi d'évaluer l'immoralité de toute action faussera la conscience publique, car il faudrait aussi, pour être conséquent, punir tout ce que la morale réprouve; or on sait combien nous sommes loin d'une identification entre la morale et la loi pénale.

Cette classification est féconde en conséquences pour la solution d'une foule de questions en matière de compétence, de tentative, de récidive, d'atténuation et de prescription.

L'article 3 comble une lacune qui existe dans notre Code. Il

formule en textes de loi des règles que la jurisprudence française a dû déduire du principe de la non-rétroactivité et du droit de punir. Au lieu de déclarer simplement que les peines n'ont pas d'effet rétroactif, il règle les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

1° Nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant que l'infraction ne fût commise.

2° S'il y a une différence entre la peine qui était prononcée par la loi en vigueur, lorsque l'infraction a été commise, et celle infligée par une loi postérieure, on appliquera toujours la peine la moins sévère.

Cette formule prévoit les trois hypothèses suivantes : A. la nouvelle loi serait plus sévère; B. elle serait plus douce; C. la loi du temps de l'infraction ayant été abrogée par une loi plus douce, celle-ci serait elle-même remplacée par une troisième loi, à la fois plus sévère que la seconde et plus douce que la première.

3° Enfin si la loi nouvelle cesse de comprendre dans la classe des infractions un fait considéré comme crime, délit ou contravention par la loi antérieure, *tous les effets de la procédure et de la condamnation cessent de plein droit.*

C'est l'application la plus large du droit de punir. La loi française ne va pas jusqu'à détruire l'autorité de la chose jugée; toute condamnation doit suivre son cours. Cependant, il faut le dire, le législateur sarde ne fait que déduire des conséquences logiques du principe qu'il a posé : s'il est injuste d'appliquer une loi antérieure parce qu'une loi nouvelle en a déclaré la pénalité excessive, il y aurait également injustice à appliquer une peine quelconque lorsqu'on proclame que le fait incriminé ne cause aucun trouble dans la société. On dirait en vain que la condamnation une fois prononcée, le péril social a réellement existé. Ce qui n'est pas punissable aujourd'hui ne pouvait l'être hier, à moins de circonstances exceptionnelles à raison desquelles la loi d'abrogation pourrait toujours faire des exceptions. Le législateur ayant tout pouvoir pour maintenir les condamnations que l'intérêt social devrait réserver, le principe doit être adopté.

Une lacune regrettable se fait remarquer dans ce Code relativement à la rétroactivité des lois de procédure. Le Code d'instruction criminelle est muet aussi sur ce point. Il faut en

induire que ses rédacteurs ont voulu adopter la jurisprudence française d'après laquelle le principe de la non-rétroactivité est applicable à la punition des délits antérieurement commis, mais nullement aux règles d'après lesquelles ces délits doivent être poursuivis devant les tribunaux. Ce principe, incontestable pour la discussion des intérêts civils, me paraît sacrifier les intérêts de la défense des accusés à ceux de la société, et trop accorder au despotisme des pouvoirs sociaux. Malgré l'autorité de la jurisprudence et de récentes discussions législatives, je souscris à ces paroles de MM. Chauveau et Hélie :

« En matière criminelle, la forme constitue une partie même « du droit de l'accusé, car il y puise sa défense; et comment « ne voir qu'une question de forme dans l'introduction d'une « juridiction ou son établissement après coup? Tout ce qui « touche soit à la création, soit à l'ordre des juridictions, « n'est-il pas fondamental et sacré? Les juges naturels de tout « prévenu d'un crime ou d'un délit ne sont-ils pas ceux exis- « tant au jour de la consommation du fait? Est-il donc indiffé- « rent, surtout si le délit est d'une nature politique, d'être jugé « par des jurés ou des juges permanents, par une Cour d'assises « ou par un conseil de guerre? La règle de compétence, règle « tutélaire, est que tout citoyen ne peut répondre de ses actes « que devant un tribunal certain et connu à l'avance. »

C'est là une des règles éternelles qui prennent leur source dans la conscience humaine, et que les pouvoirs publics n'ont méconnue que pour se réserver une force plus grande au moment du danger. Mais l'arbitraire ne profite pas à ceux qui y recourent, et de cruelles représailles attestent que les règles inflexibles de la justice absolue protégeraient mieux la société que les mesures exceptionnelles édictées après coup. Les juridictions improvisées pour réprimer des crimes consommés paraissent plutôt faire des actes de vengeance qu'accomplir la mission sacrée de rendre la justice; leur origine est suspecte par cela seul qu'elles n'existaient pas antérieurement. La juridiction seule compétente est celle qui menaçait le crime, comme la seule peine applicable est celle qui lui était d'avance réservée.

Qu'on n'oppose pas les événements imprévus, les crimes qui propagent le désordre et la guerre civile dans un État. Quelles expériences n'a-t-on pas faites pour qu'on ne puisse connaître

par avance et indiquer dans la loi les juridictions auxquelles, dans l'intérêt de la société, il faudrait déférer les crimes qui se renouvellent même le moins souvent? C'est dans ces sages prévisions que consiste l'art de gouverner, plutôt que d'attendre la dernière heure pour créer arbitrairement ce que la méditation eût pu édifier avec plus de succès.

L'article 4 formule ce principe reconnu constant en matière criminelle, que la loi est immuable et ne peut être aggravée ou diminuée par les juges. Nous avons nous-mêmes cette règle; mais combien souvent n'est-elle pas violée? En matière civile, il y a peu de danger à laisser longtemps la même loi en vigueur, les tribunaux sont chargés de combler les lacunes. Mais en matière pénale, il faudrait les reviser souvent, sinon on expose les tribunaux à torturer la loi pour y trouver ce qu'elle ne renferme pas et réprimer les faits dont l'immoralité les touche profondément.

Le Code sarde établit la répression des crimes et des délits commis à l'étranger sur des bases bien plus larges que le nôtre.

Les articles 5 et 7 reproduisent presque textuellement les articles 5 et 6 de notre Code d'instruction criminelle, relatifs aux crimes commis contre la sûreté de l'État, soit par des regnicoles, soit par des étrangers.

Mais au lieu du principe de la territorialité des lois criminelles, les articles suivants consacrent un système mixte fondé sur des principes de justice absolue. Ne laisser jamais le crime impuni, telle est la pensée qui a animé les rédacteurs; et, disons-le hautement, si elle était adoptée par toutes les nations, on ne verrait pas, à la faveur d'une règle qui doit disparaître avec les progrès de la civilisation, se reproduire ces exemples d'une hospitalité forcée donnée aux plus vils malfaiteurs. Pourquoi le jour ne viendrait-il pas où le crime ne serait pas considéré comme ayant porté atteinte à un membre de telle nation, mais de l'humanité, s'il est de la catégorie de ceux que toute société régulièrement organisée doit châtier? La vraie liberté serait cette protection réciproque que tous les peuples se donneraient contre les criminels, sans avoir à recourir à des traités d'extradition qui ne doivent être considérés dans le passé que comme des actes de transition et un acheminement de la barbarie à la civilisation.

L'article 6 modifie notre article 7 de l'instruction criminelle

en plusieurs points; les tribunaux français ne peuvent réprimer les infractions commises à l'étranger par un Français que s'il y a concours des quatre circonstances suivantes : 1° que l'infraction soit qualifiée crime; 2° qu'elle ait été commise contre un Français; 3° que l'inculpé soit rentré en France; 4° que la victime ait porté plainte.

Le Code sarde distingue d'abord entre les crimes et les délits.

Pour les premiers elle les punit, qu'ils aient été commis *contre un regnicole ou contre un étranger*, pourvu que le coupable soit rentré dans les États du roi, *et sans exiger une plainte préalable*. L'action publique est libre; le statut personnel suit le regnicole et menace son immoralité en quelque lieu qu'elle se produise. Nul sujet indigne de ce nom ne doit fouler le sol national; il doit compte de ses actions à sa patrie. C'est là une doctrine d'une bien plus haute moralité que celle qui promet à nos sujets l'impunité lorsque, ayant commis un crime sur le territoire étranger où ils avaient reçu l'hospitalité, ils parviennent à se soustraire par la fuite à la répression des lois qu'ils ont violées. Nos anciennes lois étaient plus sages sur ce point.

Quant aux délits, comme le péril social et l'immoralité de l'agent sont moins graves, la loi est moins sévère. Si le délit a été commis contre *un regnicole*, elle soumet l'action publique à la condition d'une plainte de la partie offensée. Si le délit a été commis contre *un étranger*, elle ne le punit que si dans le pays auquel cet étranger appartient on en use ainsi à l'égard des regnicoles (art. 6).

Si la loi sarde surveille la conduite des sujets du roi à l'étranger, elle les protége aussi dans le cas où ils n'ont pas reçu satisfaction dans le pays où ils ont été offensés.

Pour faciliter les transactions entre les regnicoles des frontières et les étrangers établis sur les confins d'un territoire, l'article 8 dispose : « Dans le cas où l'étranger qui, hors les « États du roi, aura commis *envers un regnicole* ou *envers un* « *autre étranger* un des crimes mentionnés dans les articles 596 « et suivants jusqu'à l'article 600 inclusivement, serait arrêté « dans les États du roi ou livré par un autre gouvernement, il « sera jugé et puni conformément à l'article 6, pourvu, toutefois, que le crime ait été commis à la distance d'un demi-

« myriamètre au plus des frontières, ou que s'il a été commis à « une plus grande distance, le coupable ait introduit dans les « États des sommes ou objets volés. »

Enfin le droit de protection accordé aux regnicoles va plus loin : le gouvernement du roi réserve en principe le droit de souveraineté des autres gouvernements; mais dans le cas où ceux-ci n'en useraient pas pour venger le crime commis sur un de ses sujets, il s'arme lui-même de ses droits. L'entrée seule de l'étranger sur le territoire sarde le rend justiciable des juridictions criminelles. « Si le crime que *l'étranger* a commis « *en pays étranger* contre un regnicole n'est pas prévu par les « dispositions de l'article précédent, on devra, dans le cas où « cet étranger entrera dans les États, l'y faire arrêter, et, après « y avoir été autorisé par le gouvernement du roi, faire l'offre « au gouvernement du pays où le crime a été commis, de lui « livrer le coupable pour qu'il le fasse juger. Si cette offre « n'est pas acceptée, l'accusé sera jugé et puni dans les États « du roi, conformément à l'article 6 » (art. 9).

Quant aux délits commis hors des États par un étranger contre un regnicole, ils ne peuvent être punis que lorsqu'en pareil cas ce dernier serait puni dans le pays auquel appartient l'étranger.

Ce n'est pas là une usurpation sur les droits des autres souverains; l'introduction de l'étranger sur le territoire de sa victime le met en quelque sorte à la disposition de celle-ci; or, le droit de vengeance privée étant aboli, il appartient à la société qui protége tous ses membres de prendre en main ses droits et de les faire valoir.

Ne nous dissimulons pas toutefois que pour être mises à exécution ces lois rencontreront de graves obstacles; mais le principe qu'elles contiennent est fécond pour l'avenir, car toutes les nations limitrophes seront jalouses de l'adopter pour faire jouir leurs sujets des mêmes priviléges. C'est là une initiative digne de trouver un écho en France. Le défaut de réciprocité et d'accord entre les législations pénales des diverses nations a de graves inconvénients. Chaque nation fait paraître des susceptibilités qui nuisent aux grands principes de la justice. Je n'en veux d'autre preuve que l'arrêt rendu par la Cour de Metz, le 19 juillet 1859, d'après lequel la condamnation prononcée en pays étranger contre un étranger, à raison d'un

crime commis en France contre un Français, ne fait pas obstacle à ce que cet étranger, revenu en France, y soit aussi poursuivi pour le même fait. La même doctrine a été sanctionnée par la Cour de cassation de Belgique le 31 décembre 1859. C'est là une violation flagrante du principe de l'autorité de la chose jugée, formulé pour un cas différent, il est vrai, mais analogue, par l'article 7 du Code d'instruction criminelle, suivant lequel le Français qui a commis un crime à l'étranger peut être poursuivi en France, *s'il n'a été poursuivi et jugé en pays étranger*. C'est la violation de cette règle qu'un seul jugement doit suffire à la réparation d'un seul crime[1].

Il est à croire que les rédacteurs du Code sarde ont cru inutile de formuler ce principe qui doit dominer toutes les législations, car ils n'ont statué relativement à l'autorité de la chose jugée que sur les crimes commis à l'étranger, les seuls d'ailleurs prévus par les dispositions préliminaires; en effet, les crimes commis par les étrangers dans l'intérieur du royaume sont punis comme ceux commis par les regnicoles, puisque, suivant l'article 12 du Code civil, les lois de police et de sûreté publique obligent tous ceux qui habitent le territoire. Nous ne saurions admettre qu'édifié sur les bases les plus larges du droit de punir, le Code pénal de Sardaigne eût méconnu ce principe, méconnu chez nous, *que nul ne peut être puni deux fois pour le même crime*. L'article 10 met toutefois une condition fort rationnelle au respect de la chose jugée, c'est que la condamnation ait été exécutée, sinon le condamné aurait tout intérêt à fuir, et la justice serait désarmée. « Les dispositions des « articles 6, 8 et 9 resteront sans effet lorsque les coupables « auront déjà été jugés définitivement dans le pays où l'infrac- « tion a été commise, et qu'en cas de condamnation ils y au- « ront subi leur peine. »

[1] Ce travail a été fait en 1860. Depuis cette époque la question s'est représentée et vient d'être tranchée par la Cour de cassation dans le même sens. La réforme que nous sollicitions est devenue plus urgente que jamais, car la jurisprudence de la Cour de cassation, en la supposant juridique, n'en viole pas moins un principe d'humanité *inviolable*.

TITRE Ier.

DES PEINES ET DES RÈGLES GÉNÉRALES CONCERNANT LEUR APPLICATION ET EXÉCUTION.

CHAPITRE Ier.

DES PEINES CRIMINELLES.

L'échelle des peines criminelles est moins étendue dans le Code sarde que dans le nôtre. Elle comprend :

1° La peine de mort ;
2° Les travaux forcés à vie ;
3° Les travaux forcés à temps ;
4° La reclusion ;
5° La relégation ;
6° L'interdiction des fonctions publiques.

La déportation ni le bannissement n'y figurent pas.

Relativement à la peine de mort, la loi ordonne l'exécution par effigie, non-seulement du condamné qui s'est évadé, mais encore de celui qui, par une mort violente, s'est soustrait à l'exécution. Cette disposition, inspirée par la pensée de laisser à la loi toute sa force exemplaire en faisant connaître à tous la peine que le criminel avait méritée, sera sans doute l'objet de vives critiques : on dira que le coupable s'étant fait justice à lui-même, la société est vengée, et que toutes représailles en présence d'une tombe sont vaines.

L'interdiction des fonctions publiques est une peine tantôt principale, tantôt accessoire, mais l'emprisonnement ne s'y ajoute pas comme à la dégradation civique de notre Code.

Aucune peine n'est considérée comme infamante. L'infamie résulte de la condamnation à la peine de mort et aux travaux forcés à vie, sans doute parce que les crimes qui ont motivé ces condamnations sont infamants de leur nature. Ce principe résulte des articles 21 et 23 qui restreignent l'infamie résultant de la condamnation aux travaux forcés à temps, aux cas suivants : pour crimes de vol à force ouverte, d'extorsion, de rapines, de vols, de falsifications de monnaies, de cédules, d'obligations de l'État, de titres de crédit public équivalents à

des valeurs monnayées; de contrefaçon de timbres et de sceaux ou d'écritures, de faux témoignage et de calomnie.

L'infamie attachée à ces condamnations est personnelle au condamné (art. 24).

Le désir de rester attaché au principe qui fait résider l'infamie dans le fait et non dans la peine qui l'atteint ressort de l'article 21. Il y est dit que la condamnation à la reclusion et à la relégation dans certains cas emporte l'interdiction des fonctions publiques. Or on sait que l'utilité pratique de la division des faits infamants chez nous est relative surtout à la privation des droits politiques. Dans le Code sarde il a fallu une disposition spéciale pour arriver à ce résultat lorsque les arrêts portent condamnation à des peines criminelles qui n'entraînent pas infamie.

La relégation est une peine plus douce que notre détention; elle est inférieure dans l'échelle des peines à la reclusion. Elle n'entraîne pas l'interdiction légale du condamné.

L'article 22 sur l'interdiction légale énonçant qu'il est nommé un tuteur au condamné pour agir en son nom et pour administrer ses biens, paraît consacrer la nullité des actes faits par l'interdit et faire cesser la controverse qui naît dans la jurisprudence française sur les droits du condamné, l'article 29 du Code pénal ne parlant que de la gestion et de l'administration des biens.

Les incapacités qui résultent des condamnations aux peines perpétuelles sont prévues par l'article 44 du Code civil des anciennes provinces. Disons sur ce point que si ce Code avait bien avant nous aboli la mort civile, il ne l'avait pas fait d'une façon aussi radicale que la loi française de 1854. L'article 44 contient, en effet, certaines déchéances que nous ne saurions approuver: celle du *droit de succéder*, puisqu'elle frappe inutilement toute la famille; celles de la puissance paternelle et de l'autorité maritale qui sont inutiles tant que le condamné subit sa peine, puisque l'interdiction légale en paralyse l'exercice, et que la privation de chacun de ces droits est trop rigoureuse lorsque le condamné a été gracié ou qu'il a prescrit sa peine.

Enfin tandis qu'en France, à part la prohibition de disposer et de recevoir par testament ou par disposition entre-vifs, le condamné à des peines perpétuelles n'est qu'en état d'interdiction légale et pourvu d'un tuteur qui administre en son nom,

en Piémont, les héritiers du condamné sont envoyés en possession de ses biens et jouissent de tous les fruits.

Cet envoi en possession est contraire au caractère d'humanité qui distingue la loi française, et qui favorise l'amendement du condamné en lui faisant espérer que le pouvoir exécutif le relèvera un jour de toutes les déchéances qu'il a encourues; l'administration de ses biens lui est rendue, et les recevant d'un tuteur, il n'est pas exposé à les réclamer contre des tiers qui les considéraient déjà comme leur propriété.

CHAPITRE II.

DES PEINES CORRECTIONNELLES.

Les peines correctionnelles diffèrent de la loi française; ce sont (art. 26) :

1° L'emprisonnement;
2° La détention (correctionnelle pour les mineurs);
3° Le confinement;
4° L'exil local;
5° La suspension de l'exercice des fonctions publiques;
6° L'amende.

Le *confinement* consiste dans l'obligation imposée au délinquant d'habiter dans une commune des États du roi désignée par le jugement et distante d'un myriamètre et demi au moins, soit du lieu où l'infraction a été commise, soit de la commune où le délinquant a son domicile, soit enfin de celle où la partie lésée ou offensée a sa demeure (art. 29). En cas de transgression la peine est convertie en celle de l'emprisonnement.

L'*exil local* diffère de cette peine en ce que le condamné choisit lui-même sa résidence, pourvu qu'elle soit à 3 myriamètres de son domicile, de la commune où l'infraction a eu lieu et de celle où habite la partie offensée ou lésée.

Ces peines sont tantôt principales, tantôt accessoires (art. 26, 31, etc.). Dans ce dernier cas on peut les considérer comme une atténuation de la surveillance de la sûreté publique.

Elles sont d'ailleurs rarement prononcées comme peines principales. Plus douces que l'emprisonnement, puisqu'elles restreignent seulement la liberté, elles ont l'avantage de ne pas

punir la famille entière des fautes de son chef, en interrompant son travail.

La suspension de l'exercice des fonctions publiques (art. 31) a aussi l'avantage de permettre la répression de faits qui ne sont pas assez graves pour entraîner une révocation. Si le condamné enfreint la suspension, il est puni de la peine d'emprisonnement (32). La suspension est prononcée accessoirement à l'emprisonnement lorsque le délit commis par le fonctionnaire constitue un abus d'emploi (art. 33).

CHAPITRE III.

DES PEINES DE POLICE.

Les peines de police sont :

1° Les arrêts;
2° L'amende.

Les condamnés aux arrêts subissent leur peine dans la maison de dépôt. L'amende pour les infractions de police n'excède pas 50 livres.

CHAPITRE IV.

DES PEINES ACCESSOIRES.

Les peines accessoires sont : 1° l'interdiction ou la suspension de l'exercice d'une charge, d'un emploi, d'une profession, d'un négoce ou d'un art déterminés (art. 38). Nos lois pénales n'ont jamais porté atteinte à la liberté des professions. Dans certains cas cependant, cette faculté donnée aux tribunaux est de nature à réprimer d'une manière plus certaine les délits et surtout à prévenir les récidives. Mais la restriction apportée à la liberté des professions pouvant priver le délinquant de ses moyens d'existence, s'il est incapable d'en exercer une autre, on ne doit user de cette peine qu'avec une grande réserve.

L'interdiction d'une charge ou d'un emploi est toujours prononcée dans les condamnations pour crime commis par l'abus qui en a été fait (art. 40). En cas de transgression, la peine d'emprisonnement est encourue et doublée s'il y a récidive (art. 39). Les mêmes principes sont applicables à la suspension (V. art. 41 et 42). Le condamné ne peut éluder l'interdiction

ou la suspension en employant des personnes interposées. La loi n'exprime pas de sanction pour ce cas; mais la peine doit être la même que si le délinquant transgressait directement la prohibition.

2° La mise sous la surveillance spéciale de l'autorité de sûreté publique consiste dans l'obligation imposée au condamné de se présenter à l'autorité qui lui est désignée et de rendre compte de sa conduite conformément à la loi de sûreté publique.

En cas de désobéissance, la peine peut être convertie en un emprisonnement qui peut durer autant que l'état de surveillance, pourvu qu'il n'excède pas deux ans. Cette loi est moins sévère que la nôtre, non-seulement quant à la durée de l'emprisonnement en cas d'infraction au ban, mais encore quant à la durée de la surveillance. Cette peine, lorsqu'elle est la suite des condamnations criminelles, ne peut être prononcée que pour dix ans, tandis qu'elle est prononcée chez nous pour la vie entière du condamné; comme accessoire des condamnations correctionnelles, elle ne peut excéder deux ans. En France, le renvoi sous la surveillance de la haute police est devenu une peine fort grave depuis le décret du 12 décembre 1851, puisque cet acte législatif donne au ministre de l'intérieur le droit de transporter le surveillé coupable de rupture de ban, par mesure de sûreté générale, à Cayenne ou en Algérie, pendant une période de cinq à dix années, et enfin le droit de déterminer, dans tous les cas, le lieu dans lequel le condamné à la surveillance doit résider quand il a subi la peine principale. C'est avec la plus grande réserve que le gouvernement de l'empereur use d'une mesure qu'ont nécessitée des temps d'anarchie. La plupart des surveillés sont d'ailleurs des vagabonds qui ont subi un grand nombre de condamnations. Il est bon que la métropole soit débarrassée d'hommes inutiles et dangereux, qui sont une charge pour la société et pour l'État sans rien leur donner en compensation. C'est une arme redoutable pour prévenir les tentatives insurrectionnelles, car il est prudent pour prévenir les associations de malfaiteurs de les disperser, afin que, réunis dans les grands centres de population où leur conduite ne pourrait facilement être surveillée, ils ne réorganisent pas les sociétés secrètes. Toutefois, si cette loi rigoureuse est nécessaire, il faudrait abréger la durée de la surveillance parce

qu'elle pèse souvent trop rudement sur le condamné, et attribuer aux tribunaux et non à l'administration, ainsi que le propose M. Ferdinand Jacques dans son *Étude sur le droit pénal*, le droit d'ordonner la transportation des condamnés à Cayenne. « En pareille matière, dit avec raison ce magistrat, la justice « seule doit intervenir; l'autorité publique s'exonère ainsi d'une « responsabilité qui n'est pas la sienne, et la loi est plus équita- « blement et plus uniformément exécutée[1]. »

La loi de sûreté publique en vigueur en Piémont, qui organise la surveillance spéciale de la police, si elle n'autorise pas la transportation, est d'ailleurs très-sévère quant aux détails d'application; elle répand autour du condamné des entraves et des obstacles plus minutieux encore que ceux de la loi française, et qui constituent une véritable atteinte à sa liberté. Qu'on en juge par l'article 113 : « Il est en outre tenu de se conformer « aux prescriptions suivantes :

« 1° De se présenter à l'autorité de sûreté publique les jours « qui seront fixés par ladite carte de permanence, et toutes les « fois qu'il sera appelé par la même autorité pour la faire « viser;

« 2° De présenter cette carte aux carabiniers et à tout officier « ou agent de sûreté publique, sur leur simple demande;

« 3° D'obéir aux ordres de l'autorité de sûreté publique, *de « ne point paraître dans un lieu donné, de ne pas sortir à des « heures déterminées de sa propre habitation*, de ne point porter « d'armes ou de bâtons, *et de ne pas fréquenter certaines per- « sonnes qui pourraient lui être indiquées, ou autres semblables « prescriptions.* »

Ces mesures sont d'autant plus irritantes qu'elles sont arbitraires et dépendent d'un agent de police qui peut en abuser pour faire du zèle. Comment le condamné, qu'on ne se contente pas de surveiller, mais dont on veut diriger chaque mouvement au mépris de sa liberté, ne sera-t-il pas poussé à la désobéissance? Or rien ne l'endurcit comme ces condamnations pour des infractions de discipline et qui n'impliquent aucune immoralité considérées en elles-mêmes.

3° L'*admonition* consiste dans la censure exercée envers un

[1] *De l'échelle des peines*, par M. Ferdinand Jacques, procureur impérial à Largentière, p. 40.

délinquant, à raison de faits, de paroles ou d'écrits réprouvés par la loi, avec avertissement qu'en cas de récidive il encourra la peine plus forte portée par celle-ci. L'admonition est faite en audience publique accessoirement à une peine correctionnelle ou de simple police. Dans certains cas déterminés, elle devient peine principale. Autrefois l'admonition était en usage en France ; elle pourrait, nous croyons, être rétablie. En fait elle existe, car souvent les magistrats font des admonitions aux prévenus, soit pour des faits qui ne sont pas assez graves pour être punis, soit pour les avertir qu'ils ont usé d'indulgence, mais qu'en cas de récidive ils se montreraient plus sévères ; seulement elle existe avec moins de solennité, et par conséquent son effet exemplaire est moindre.

CHAPITRE V.

DE LA GRADUATION ET DE LA COMMUTATION DES PEINES.

Le système de la graduation des peines dans le Code de Sardaigne diffère essentiellement du nôtre. Pour le comprendre il ne faut pas séparer le chapitre actuel du titre XI, livre II, sur les circonstances atténuantes. Un savant criminaliste, dans son livre sur *l'Amélioration de la loi criminelle*, s'appuyant sur les documents de la statistique officielle et sur les rapports de Son Exc. M. le garde des sceaux, qui la précèdent, considère l'abus des circonstances atténuantes et l'excessive indulgence des condamnations prononcées par nos juridictions comme deux causes principales de la faiblesse de la répression, et, partant, de l'augmentation des crimes et délits. La peine n'est pas efficace parce que les citoyens ne sont pas arrêtés par la certitude de la répression ; cette certitude disparaît par cela seul que les circonstances atténuantes étant indéterminées, les jurés et les magistrats en appliquent le bénéfice aux condamnés, alors même qu'ils n'ont pu en trouver dans les faits incriminés ; ce pouvoir souverain de faire descendre la peine de deux degrés, même quand ils sont dans l'impossibilité de préciser une seule circonstance atténuante et l'abus qu'on en fait chaque jour, énerve la répression et jette l'anarchie morale dans l'esprit des masses. L'honorable conseiller demande que dans une révision du Code pénal on oblige les juges à motiver l'application des

circonstances atténuantes. Il s'élève ensuite contre leur application aux récidivistes.

Le Code de Sardaigne n'a pas énuméré les circonstances qui sont de nature à atténuer les infractions, ainsi que l'ont fait différentes législations. Il en a laissé l'appréciation aux juges; mais il a enfermé les peines dans des limites telles que l'application des circonstances atténuantes ne peut dégénérer en abus. Leur système peut se décomposer ainsi :

1° Chaque peine entre le maximum et le minimum qui constituent son essence, est divisée en un certain nombre de degrés exactement fixés par la loi. Les infractions qui sont punies d'une peine de même nature sont classées suivant leur gravité et punies d'un, deux, trois, quatre, cinq ou six degrés, sans que les magistrats aient la latitude de les parcourir à leur fantaisie depuis le minimum jusqu'au maximum.

2° Sauf certaines exceptions prévues par les articles 682 et 683, les Cours et tribunaux qui reconnaissent le concours de circonstances atténuantes, ne peuvent diminuer la peine que d'un seul degré.

Une sévérité qu'on peut déclarer excessive caractérise donc le Code sarde [1]. Chaque peine constituant dans le Code pénal français un degré distinct, et l'article 463 permettant de descendre de deux degrés, il en résulte qu'on peut appliquer les travaux forcés à temps à un crime punissable de mort, la reclusion à un crime punissable des travaux forcés à perpétuité, et l'emprisonnement à un crime punissable des travaux forcés à temps. Au contraire, le Code sarde ne permettant dans la plupart des cas que de descendre d'un degré, et chaque peine étant divisée en plusieurs degrés, il en résulte que, sauf pour les crimes punis de la peine de mort, chaque infraction sera presque toujours réprimée par la peine qui a été spécialement édictée, diminuée seulement quant à sa durée et encore dans des limites fort restreintes. Précisons par deux exemples.

L'article 302 du Code pénal français punit de mort ceux qui se sont rendus coupables d'assassinat, de parricide, d'infanti-

[1] « La sévérité de ce système est adoucie, il faut le reconnaître, par la faculté donnée au juge d'instruction en matière de délits lorsqu'il existe des « circonstances atténuantes ayant pour résultat de permettre l'application « de peines de police, de renvoyer par son ordonnance le prévenu devant le « juge du mandement. » (Art. 212 du Code d'instr. crim.)

cide et d'empoisonnement. Si l'article 463 est appliqué, *la peine peut être réduite à cinq ans de travaux forcés*; l'article 531 du Code sarde punit aussi ceux qui se sont rendus coupables des mêmes crimes de la peine de mort. Si l'article 684 sur les circonstances atténuantes est appliqué, *la peine des travaux forcés à vie sera prononcée.*

L'article 304 du Code pénal français punit le meurtre des travaux forcés à perpétuité, lorsqu'il n'est accompagné d'aucune circonstance aggravante. Par l'application de l'article 463, le coupable pourra n'être condamné *qu'à cinq ans de reclusion.* — Le même crime est puni par l'article 534 du Code sarde des travaux forcés à vie; aux termes de l'article 82 qui fixe le rang des peines entre elles, si l'on applique les circonstances atténuantes, *c'est la peine des travaux forcés à temps* qui sera prononcée; mais ici même les juges ne pourront appliquer le minimum qui est de dix ans, cette peine étant divisée en deux degrés : 1er degré, de dix ans à quinze ans inclusivement; 2e degré, de quinze à vingt ans. *Le minimum auquel ils pourront descendre sera celui de quinze ans.*

Chaque peine est divisée en degrés de même nature; ainsi la peine de la reclusion s'étend de trois ans à dix ans; elle est divisée en trois degrés :

1er, de trois à cinq ans inclusivement;
2e, de cinq à sept ans;
3e, de sept à dix ans.

La relégation s'étend de trois ans à vingt ans et est divisée en cinq degrés :

1er, de trois ans à cinq ans inclusivement;
2e, de cinq à sept;
3e, de sept à dix;
4e, de dix à quinze;
5e, de quinze à vingt.

L'emprisonnement s'étend de six jours à cinq ans. La durée en est divisée en six degrés :

1er, de six jours à un mois inclusivement;
2e, d'un mois à trois;
3e, de trois mois à six;

4°, de six mois à un an;
5°, d'un an à trois;
6°, de trois ans à cinq ans.

Le confinement et l'exil local, qui s'étendent de trois mois à cinq et trois ans, sont divisés en quatre degrés.

L'amende prononcée en matière correctionnelle ne peut-être au-dessous de 51 livres ni au-dessus de 5,000 livres. Elle se divise en degrés comme suit :

1er, de 51 livres à 100 livres inclusivement;
2°, de 100 livres à 250;
3°, de 250 livres à 500;
4°, de 500 à 1,000.

Au delà de cette dernière somme, l'amende est progressivement augmentée de 500 livres jusqu'à ce qu'elle atteigne le maximum déterminé par la loi. En simple police, elle est également divisée en degrés, depuis 2 livres jusqu'à 50.

Cette énumération et les exemples que j'ai donnés pour démontrer la théorie de la loi font voir suffisamment les avantages et les inconvénients de ce système. Il est exempt d'arbitraire, mais empreint d'une sévérité excessive. Toutefois, pour en compléter l'exposition, disons que les articles 682 et 683 établissent des exceptions au principe que l'application des circonstances atténuantes ne diminue la pénalité que d'un seul degré. « Dans tous les crimes ou délits contre la propriété, quand le « dommage souffert n'excédera pas 25 livres et qu'il y aura le « concours de circonstances atténuantes, le juge sera autorisé à « diminuer les peines dans la proportion suivante : Si la peine est « celle des travaux forcés à temps, il pourra descendre à la peine « de la reclusion; si la peine est celle de la reclusion, il pourra « descendre à celle de l'emprisonnement, dont la durée ne sera « pas au-dessous de six mois. Si la valeur du dommage excède « 25 livres, mais ne dépasse pas 100 livres, les peines crimi- « nelles susmentionnées pourront, dans le concours de circon- « stances atténuantes, être diminuées de deux degrés. »

Le législateur se préoccupe surtout de protéger les personnes, et pour y arriver d'une manière plus certaine il a renfermé les pouvoirs du juge dans des limites fort étroites, afin d'éviter les appréciations arbitraires. Quant aux crimes et délits contre

la propriété, leur gravité est exceptionnellement diminuée, s'ils n'ont pas occasionné un préjudice marqué. Suivant les cas, l'application de cet article fait descendre la peine principale édictée de cinq, six ou sept degrés.

Quand il s'agit des personnes, le législateur ne se départit de sa sévérité que lorsqu'il règle des infractions assez peu importantes pour qu'elles n'aient dû être punies que de la peine de l'emprisonnement. Art. 683. « Dans les cas ou d'après les « dispositions du présent Code, les crimes ou délits contre les « personnes ou contre la propriété, sont punis d'emprisonne- « ment ou d'une amende correctionnelle, s'il y a des circon- « stances atténuantes, le juge pourra descendre à des peines de « police, etc. »

Deux dispositions isolées dans le chapitre de la graduation des peines doivent fixer notre attention.

L'emprisonnement que le condamné aura subi avant son jugement, dit l'art. 56, pourra être imputé sur la durée de la peine prononcée pour l'infraction qu'il a commise. Ce principe généreux, puisé dans notre antique législation coutumière [1], devrait figurer dans nos lois. Formulé d'une manière trop absolue dans une proposition faite en 1850 à l'Assemblée législative par le représentant Hennequin, il fut rejeté provisoirement. Mais espérons qu'il sera adopté et complétera les réformes heureuses faites par le gouvernement de S. M. l'empereur pour diminuer les détentions préventives. Qu'on n'oppose pas que dans la pratique les juges déduisent la durée de cette détention; cela ressemble fort à de l'arbitraire tant que la loi ne l'exprime pas. Les principes salutaires doivent être écrits, et celui-là, en invitant le délinquant à un aveu, le ramènera souvent au sentiment de la justice; loin d'affaiblir la répression, il lui imprimera, suivant l'expression de M. de Bonneville, ce caractère de générosité qui commande le respect et l'obéissance des masses. En effet, lorsque les juges tiennent compte de la durée de la détention préventive, souvent ils ne l'expriment pas, et le condamné dans l'incertitude où il est sur ce point, est plutôt disposé à accuser leur sévérité qu'à reconnaître leur indulgence.

Le second principe ne saurait avoir mon approbation à cause

[1] V. M. de Bonneville, *Amélioration de la loi criminelle*, p. 478.

de sa formule trop absolue. L'article 67 est ainsi conçu : A défaut de payement, l'amende en matière correctionnelle sera remplacée par un emprisonnement dont la durée sera réglée sur le montant de l'amende, à raison de 3 livres par jour, de manière toutefois que cette peine n'excède jamais le terme de deux ans. L'amende de police en cas de non-payement sera remplacée par les arrêts dont la durée sera réglée à raison de 2 livres par jour. Ces arrêts ne pourront cependant excéder le terme de quinze jours.

Cette différence entre l'évaluation de l'amende et de l'emprisonnement et celle des arrêts ne serait pas à l'abri de la critique ; mais c'est à un autre point de vue qu'il faut envisager l'article 67.

Nos lois admettent contre l'insolvable l'exercice de la contrainte par corps ; mais il n'en est fait usage que dans ces cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque le condamné est signalé par ses mauvais antécédents, et que sa conduite depuis la condamnation ne le rend digne d'aucune indulgence. Mais admettre que celui qui n'a encouru que la peine de l'amende doive par le fait seul de son insolvabilité, voir sa peine convertie en celle de l'emprisonnement, alors même que son immoralité ne le dénonce pas à la sévérité des magistrats, c'est consacrer un principe contraire au droit de punir et rendre l'homme responsable de sa pauvreté, n'est-ce pas supprimer l'égalité devant la loi ? Qu'on soit sévère pour celui qui dissimule ses ressources ou qui, au lieu de les appliquer à exécuter la condamnation encourue, les dissipe frauduleusement ; que sa résistance injuste soit vaincue par la contrainte par corps, rien de plus juste ; mais qu'on traîne en prison celui qui, consacrant son travail à nourrir sa famille, ne peut en distraire une obole pour le trésor public sans exposer ses enfants à mourir de faim, c'est une suprême injustice.

Quel repentir peut-on espérer de celui qui n'a commis, en définitive, qu'une infraction légère, puisqu'elle n'a été punie que de l'amende, si la misère devient une cause de persécution, et si une loi inexorable lui ravit sa liberté ? Des cris de malédiction s'élèveront de son sein contre cette société qui amnistie le riche parce qu'il aura pu puiser à pleines mains dans son coffre, haussant les épaules d'une peine qui ne l'atteint pas, et qui plonge le pauvre dans les cachots de l'ignominie parce que

le hasard l'a classé parmi les déshérités. Proclamés ainsi d'une manière absolue, de semblables principes peuvent, à un moment donné, créer des embarras sérieux, parce qu'ils sont contraires à la justice et à la sagesse; nous sommes dans un siècle où l'égalité devant la loi est devenue la passion des masses; les priviléges, surtout en matière pénale, offrent seuls des dangers. Mais c'est là sans doute un oubli sur lequel on reviendra, nous l'espérons.

Les dispositions du chapitre VI, communes aux infractions entraînant des peines criminelles correctionnelles ou de police, sont calquées sur celles de la loi française.

PAUL BERNARD.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

DU DROIT D'ACTION DU MINISTÈRE PUBLIC EN MATIÈRE CIVILE.

Par M. LAFONTAINE, ancien bâtonnier,
conseiller à la Cour impériale d'Orléans.

« Propter justitiam, et pro lege servanda,
« patimur nobis contradici. »
(THEODORICUS *apud* CASSIOD.)

I.

Une prérogative dont on ne saurait méconnaître l'importance a été reconnue aux magistrats du ministère public par plusieurs arrêts de Cour impériale, sanctionnés tout dernièrement par un arrêt de la Cour suprême. Cependant, un arrêt postérieur de la Cour de Bordeaux, dont la conviction résiste à la doctrine de la chambré civile, prouve que la question préoccupe toujours sérieusement les esprits, et qu'il n'est pas trop tard pour discuter encore [1].

Désormais, d'après ces arrêts, la barrière est levée, la voie est ouverte, le ministère public peut agir d'office devant les tribunaux *civils* contre les particuliers, les forcer à défendre leurs noms, leurs titres, leur état civil, leurs intérêts d'honneur, de considération et de fortune, toutes les fois qu'il prétendra agir *pour l'exécution de quelque disposition des lois qui intéressent l'ordre public*. L'ordre public! quelle élasticité dans l'expression! quel vague, quel indéfini, quel arbitraire dans la chose exprimée!

Assurément c'est ici une révolution dans les idées du monde judiciaire. Jusqu'ici, à part un débat restreint au droit d'initiative du ministère public en matière de *mariage*, la grande

[1] Diverses circonstances ont retardé l'impression de cet article écrit immédiatement après l'arrêt de la Cour d'Orléans du 29 décembre 1860.

majorité des jurisconsultes et, nous le croyons, des officiers du ministère public eux-mêmes [1], a vécu dans cette croyance qu'un texte spécial était nécessaire pour autoriser le ministère public à se poser en adversaire direct et principal d'un citoyen devant la juridiction civile. Jusqu'ici, les actes du ministère public n'avaient guère révélé ni vulgarisé ce droit général et indéfini qui sommeillait dans l'intérieur des parquets; si l'arme existait, il semble qu'elle n'était pas sortie du fourreau. A peine, jusqu'à ces derniers temps, la Cour de cassation avait-elle eu l'occasion de proclamer, par la bouche de l'illustre et vénérable Henrion de Pansey, « qu'il résultait de la combinai-« son des articles 1er, titre 8 de la loi du 24 août 1790, et 46 « de la loi du 20 avril 1810, que le ministère public ne pouvait « agir par voie d'action, au civil, *que dans les cas spécifiés par « la loi.* » (Arrêt du 10 janvier 1829, rendu en matière de recrutement. Sirey, 27, 1, 79.)

Jusqu'ici personne encore n'avait pensé que la société ne fût pas suffisamment armée vis-à-vis des particuliers pour les protéger et assurer l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public; qu'il manquât quelque chose à ce réseau de liens et d'entraves tutélaires dont une civilisation avancée enlace les Français pour garantir leur repos et leur bonheur; qu'enfin il fût nécessaire d'y ajouter l'action d'office du ministère public en matière civile, cette initiative dont nos pères croyaient avoir eu à souffrir, et dont ils avaient conservé une frayeur exagérée. Assurément, en des temps ordinaires, les inconvénients de cette initiative seraient rares; l'esprit de légalité et de modération de la magistrature française, les habitudes de mesure et de circonspection des officiers du parquet, offrent sans doute des garanties rassurantes. Mais quand les passions sont déchaînées, quand le souffle des révolutions passe sur le pays, l'usage ne pourrait-il pas aller jusqu'à l'abus, l'arme ne pourrait-elle pas devenir dangereuse?

II.

Trois questions se posent dans cette discussion.

1° Le ministère public a-t-il, en matière civile et en vertu de

[1] V. *Manuel du ministère public*, par M. Massabiau, t. Ier, n° 793.

l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, le droit général et absolu d'introduire des actions, devant les tribunaux civils, contre les particuliers, toutes les fois qu'il prétend agir pour l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public?

2° Plus spécialement, a-t-il le droit de former d'office des actions afin de rectification des actes de l'état civil, dans les circonstances qui, suivant lui, intéressent l'ordre public : notamment pour faire supprimer un titre ou une particule nobiliaire?

3° En supposant l'existence de ce double droit d'initiative, le ministère public est-il recevable à appeler d'un jugement dans lequel il n'a pas figuré comme *partie principale*, mais seulement comme *partie jointe?*

III.

Tout le système des partisans du droit d'initiative attribué au ministère public repose, quant à la première question, sur le texte de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 réglant l'organisation judiciaire, considéré comme disposition constitutive du droit. Tous les autres textes jetés dans la discussion ne peuvent y être admis que comme des éléments d'interprétation, que comme des dispositions tout au plus confirmatives.

On est d'accord que ce fut en souvenir de ce qu'on appelait les empiétements des Parlements, dont l'action s'exerçait par l'intermédiaire des officiers du parquet, que les auteurs de la loi du 24 août 1790 consignèrent dans l'article 2 du titre 8, comme une des bases générales de l'organisation judiciaire en France, et sans doute comme *une de ces maximes constitutionnelles*, suivant l'expression de Thouret à l'Assemblée constituante, *par lesquelles le pouvoir judiciaire doit être défini, organisé et exercé*, la règle suivante :

« Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, « non *par voie d'action*, mais *seulement* par celle de *réquisition*, « dans les procès dont les juges auront été saisis. »

En 1810, l'expérience avait démontré que, dans certains cas exceptionnels, l'initiative et la voie d'action conférées au ministère public, même en matière civile, étaient réclamées par de hautes considérations sociales. Le Code civil ou des lois

spéciales avaient pourvu à ces nécessités. Le texte de la loi de 1790 dut être modifié en ces termes :

« En matière civile, le ministère public agit d'office *dans les cas spécifiés par la loi.* »

Le passé était ainsi rappelé et conservé, l'avenir était réservé. Assurément cette disposition semblait exprimer, comme celle de 1790, que, hors les cas particuliers déjà précisés par les lois ou qui le seraient à l'avenir, le ministère public n'aurait point, en général, la voie d'action en matière civile, et c'est ainsi que fut compris tout d'abord l'article 46. M. Favard de Langlade, conseiller d'état, membre de la Cour de cassation, contemporain de la loi de 1810 et l'un des législateurs du Code civil, le traduit tout naturellement de cette manière : « en ma-« tière civile, le ministère public agit par voie d'action, mais seu-« lement dans les cas spécifiés par la loi[1]. » Certes, si le législateur eût entendu rendre au ministère public cette action d'une manière générale, sous la seule condition, dont il serait seul juge, d'agir pour l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public, l'innovation valait la peine qu'on la signalât au corps législatif. Si expéditive que fût alors l'action législative[2], si succincts que fussent les exposés des motifs et les rapports des commissions, une observation à ce sujet devait y trouver place. Cependant pas un mot dans l'exposé de M. Treilhard ni dans le rapport de M. de Noailles, qui puisse faire pressentir cette situation neuve faite au ministère public, cet horizon agrandi et ces perspectives nouvelles qui se seraient ouvertes devant lui. Après avoir parlé de l'action criminelle, M. Treilhard se borne à ajouter : « Ces fonctions ne sont pas les seules attribuées « au ministère public ; la loi l'a constitué encore, en matière « civile, le protecteur du faible et de l'orphelin ; *il doit être* « *entendu* dans toutes les affaires des mineurs, des interdits, « des absents, etc... Enfin il n'est aucune affaire d'ordre public « qui lui soit étrangère... » Apparemment au même titre et de la même manière que pour celles qui viennent d'être dé-

[1] V° *Tribunal de première instance*, t. Ier, n° 14. — L'article 36 du décret du 28 septembre 1807, portant organisation de la Cour des comptes, s'exprime ainsi : « Le procureur général NE peut exercer son ministère QUE par voie de réquisition. »

[2] Le projet de loi fut présenté le 11 avril, le rapport fait à la séance du 20 avril et la loi votée le jour même.

taillées, c'est-à-dire pour en prendre communication *et y être entendu*.

IV.

Mais, dit-on, que signifie alors le second paragraphe de l'article 46?

« Le ministère public surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; *il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » S'il faut, pour que le ministère public puisse poursuivre l'exécution d'une loi d'ordre public, qu'il y soit formellement autorisé pour un cas déjà spécifié par un texte; cette seconde disposition de l'article 46 n'est plus qu'un non-sens, tout au moins qu'une inutilité, qu'une répétition pure et simple du premier paragraphe.

Mieux vaut, répondent les défenseurs de l'opinion contraire, un développement surabondant, une superfétation, que deux dispositions en sens contradictoire, dont la seconde détruit la première. Si le ministère public est investi d'une attribution générale qui lui permet d'intenter des actions devant les tribunaux civils dans les circonstances qui lui paraissent intéresser l'ordre public, à quoi bon avoir, par le premier paragraphe, exprimé restrictivement ce droit pour les cas spécifiés qui sont aussi et nécessairement des cas *où l'ordre public est intéressé*? — Non, réplique-t-on, pour faire disparaître cette hostilité entre les deux paragraphes, *les cas spécifiés* embrassent des circonstances où c'est pour protéger *des intérêts privés* que le ministère public agit d'office. Cette dernière assertion est-elle bien exacte? L'ordre public, suivant M. Dalloz *c'est l'organisation de la société.* Eh bien, il a paru qu'il était de la bonne organisation de la société que les intérêts qui ne peuvent se protéger eux-mêmes, comme ceux des interdits, des absents et des indigents, eussent un représentant dans le ministère public. Dans tous les cas spécifiés, c'est donc l'intérêt général, la bonne organisation de la société, *l'ordre public* enfin, qui exigent l'intervention d'office du ministère public pour prendre en main la gestion de certains intérêts privés. Le ministère public, dit M. Demolombe, agit d'office dans l'intérêt des indigents, *qui est aussi celui de l'ordre public.*

V.

Maintenant et en allant plus au fond des choses, est-il bien vrai que la loi de 1810 ait entendu ajouter aux attributions du ministère public, telle que les avait conçues la loi si nettement et si énergiquement restrictive de 1790? Si on se livre à une analyse exacte et comparée des deux lois de 1790 et de 1810, il semble que tout ce qui est exprimé dans la loi de 1810 l'était déjà dans celle de 1790, mais en d'autres termes et sous une autre forme, qu'en un mot, il n'y a entre les deux lois qu'une différence de rédaction. En lisant la loi de 1790, il semble qu'on y trouve distribué dans trois de ses dispositions l'ensemble des attributions que le législateur de 1810 s'est attaché à réunir et à condenser dans une seule disposition. Surveiller l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; poursuivre d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public : voilà les pouvoirs que confèrent au ministère public l'article 46. Mais ne lit-on pas dans la loi de 1790, article 1er, que les fonctions du ministère public consistent à *faire observer dans les jugements à rendre les lois qui intéressent l'ordre général;* et, article 5, *qu'il poursuit d'office l'exécution des jugements dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public?* Voilà donc aussi, dans cette loi de 1790, une attribution conférée au ministère public, tout à la fois pour l'observation des lois qui intéressent l'ordre général, et pour l'exécution des jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Il faut cependant concilier ces attributions avec cette règle fondamentale, avec *cette maxime constitutionnelle* écrite dans l'article 2, qu'au civil, les officiers du ministère public exercent leur ministère non *par voie d'action*, mais seulement *par celle de réquisition* dans les procès dont les juges auront été saisis. Le législateur entendait donc que le ministère public ferait observer les lois qui intéressent l'ordre général par *voie de réquisition*, et encore par voie administrative, par des diligences extrajudiciaires, exclusives d'une action introductive d'une véritable instance. Quant à l'exécution des jugements, il faut se rappeler qu'il est, en matière civile, un certain nombre de cas dans lesquels les tribunaux prononcent certaines répressions d'intérêt public, telles que l'amende, l'impression et

l'affiche de leurs jugements; n'est-il pas permis de penser que telle est uniquement la portée de cette poursuite d'office conférée au ministère public. Il ne s'agit point là de procès à intenter, d'action contentieuse à exercer, d'instance à introduire. La justice a été saisie par les particuliers, les jugements sont rendus, il ne s'agit plus que de son exécution qui s'opère par une sorte *d'action administrative*. Le point délicat, la grande difficulté a disparu; il n'est plus question de savoir si la matière intéresse suffisamment l'ordre public; dès que la disposition du jugement n'est pas d'intérêt privé, et par cela seul qu'elle existe au jugement, le ministère public est averti que son devoir est de la faire exécuter. Il y a donc une immense différence entre la position du ministère public, quand il est en présence d'une loi dont le caractère est douteux et qu'il s'interroge sur la nécessité de l'introduction d'une instance; et sa position dans les circonstances où la justice a déjà été saisie par l'intérêt privé, où un jugement a été rendu qui trace aux officiers du parquet la conduite qu'ils ont à tenir.

Qu'y a-t-il donc de différent, ou de plus dans la loi de 1810?

Après avoir exprimé que le ministère public *surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements*, ce qui, bien évidemment, n'ajoutait rien encore à la loi de 1790; le législateur termine par ces mots: *il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public*. Qu'y a-t-il ici à remarquer? que ce devoir de poursuivre d'office *l'exécution des jugements* est formulé, pour *l'exécution des lois*, plus nettement qu'il ne l'était dans la loi de 1790. Mais apparemment, dans la pensée du législateur de 1790, l'obligation de poursuivre d'office l'exécution des jugements ne dérogeait point au principe général posé dans l'article 1er : en matière civile, le ministère public agit, *non par voie d'action*... Pourquoi, dans la pensée des auteurs de la loi de 1810, l'addition du mot *loi* aurait-elle dérogé à la disposition évidemment restrictive du premier paragraphe: en matière civile, le ministère public agit d'office *dans les cas spécifiés par la loi*? Quoi! voilà une innovation considérable qui dépendra de l'application à faire de cet unique monosyllabe placé avant les mots jugements et arrêts! C'est toute une révolution dans les attributions du ministère public qui se cacherait en quelque sorte dans ce mot unique glissé, non dans le premier paragraphe, où le lien naturel et intime

des idées aurait exigé que l'innovation trouvât place, mais dans une addition où il semble qu'il ne devait plus être question de *l'action d'office*, proprement dite, déjà réglée par la première partie de la disposition. Il y aurait là quelque chose d'analogue à la vertu singulière et à la redoutable importance que les ennemis de la charte attribuaient à l'article 14, conférant au Roi le pouvoir de faire des ordonnances pour l'exécution de la loi *et la sûreté de l'État*.

Il n'est personne qui ne convienne que la rédaction de l'article 46 ainsi entendu présente quelque chose de peu harmonique et d'équivoque; la divergence des arrêts en est une preuve sans réplique. M. Merlin pense qu'il faut lire le second paragraphe comme s'il était ainsi conçu : « Le ministère public agira, *en outre*, d'office, dans tous les cas où, non-seulement l'exécution des jugements, *mais encore l'exécution des lois intéressera l'ordre public*. » Mais c'est précisément parce que cette forme, qui semblait s'offrir au législateur si naturelle et si inévitable pour rendre sa pensée, n'a pas été employée, que la difficulté subsiste.

VI.

Pour sauver ce qu'il y a de choquant et d'inconciliable dans l'attribution restrictive de la première partie de l'article 46, et l'attribution générale et indéfinie qu'on veut lire dans la seconde, M. Merlin en est réduit à soutenir que parmi les cas spécifiés avant la loi de 1810 et auxquels l'article 46 fait allusion il y en avait *un* où l'ordre public n'était point intéressé, où il ne s'agissait que d'intérêts privés, savoir la conservation des droits des absents (art. 114 du Code Napoléon) : *un seul cas sur les huit récapitulés dans sa dissertation!* Et il en conclut que les deux paragraphes de l'article ont pour objet des choses distinctes; le premier concernera les cas spécifiés par la loi, que ces cas soient ou non d'ordre public; le deuxième concernera les cas qui intéressent l'ordre public que ces cas soient ou non spécifiés par la loi. En admettant que l'article 114 ait entendu ouvrir au ministère public la voie d'action en faveur des absents, ce que son texte aurait dû exprimer clairement; faut-il rappeler qu'il est conforme à l'intérêt général, à la bonne organisation de la société, à l'ordre public enfin, que les ab-

sents, les interdits, les indigents soient protégés et défendus dans leurs intérêts privés; que ces considérations sociales peuvent seules légitimer l'action *d'office* au profit d'un intérêt *individuel*; qu'ainsi la nuance signalée par M. Merlin lui échappe et sa conciliation des deux paragraphes n'est pas acceptable. Toutefois ce dissentiment dans l'appréciation du véritable caractère de quelques-uns des cas spécifiés, fait naître cette réflexion. Quel parti eût pris le ministère public en vertu de la disposition générale de l'article 462 tel qu'on l'entend, si la loi ne se fût pas expliquée par une disposition spéciale pour ces cas d'une physionomie équivoque? il eût douté, il se fût abstenu peut-être; et pourtant le législateur a pensé qu'il y avait lieu d'ouvrir l'action d'office. Ceci ne fait-il pas toucher au doigt les inconvénients du système qu'on préconise, et apprécier les incertitudes, les hésitations, les démarches hasardées auxquelles serait condamné le ministère public, s'il ne rencontrait pas un texte pour lui tracer sa conduite dans chaque occurrence.

VII.

Quoi que l'on fasse, on ne trouvera point, dans le système favorable à l'action illimitée du ministère public, une explication complétement satisfaisante, une conciliation logique des deux paragraphes de l'article 46. Le second n'est point inutile, comme on le prétend, même en entendant le premier dans le sens de l'article 2 de la loi de 1790, car cette addition a pour objet de reproduire les dispositions de l'article 1er et de l'article 5 de cette loi relatives à la surveillance du ministère public pour l'observation des lois d'intérêt général, et à l'exécution des jugements qui intéressent l'ordre public. Mais si l'on veut voir dans le second paragraphe une attribution générale et indéfinie du droit d'agir d'office, par une instance civile, pour l'exécution des lois qui intéressent l'ordre public, ce second paragraphe porte un coup mortel au premier, car il en fait disparaître le caractère restrictif. Or les dispositions des lois spéciales qui ouvraient, avant 1810, l'action d'office, n'ayant nullement besoin de confirmation, le premier paragraphe aurait été sans objet et sans portée législative. Si le législateur n'eût voulu y placer qu'une simple énonciation didactique, qu'un

rappel de l'état de choses existant, il eût, comme on l'a déjà fait observer, éprouvé le besoin d'ajouter immédiatement ce qui constituait la véritable disposition, la jussion nouvelle, en ces termes ; *et en outre pour l'exécution des lois et des jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.*

Qu'on envisage la position du législateur de 1810 en présence de l'interdiction absolue de l'action d'office contenue dans la loi de 1790, et des dérogations et exceptions introduites au principe de cette loi par des lois pénales postérieures; d'une part, on ne pouvait reproduire la prohibition absolue de 1790; de l'autre, il ne pouvait être à craindre que les officiers du parquet s'ingérassent d'agir d'office pour servir des intérêts *purement individuels* auxquels l'intérêt général ne se lierait pas *dans une certaine mesure*. Une seule question se posait donc pour la prévoyance du législateur. Devait-on conférer attribution au ministère public d'une manière générale, en lui laissant le soin d'apprécier les cas dans lesquels l'intérêt public serait *assez prédominant* pour légitimer l'intervention d'office? ou fallait-il poser soi-même la limite et laisser à la loi, comme on l'avait fait jusque-là, à tracer dans chaque cas, par une disposition particulière, le devoir des officiers du parquet? Si le législateur eut adopté ce dernier parti, pouvait-il mieux rendre sa pensée que par ces mots : *Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi*; expressions qui bien évidemment embrassent l'avenir comme le passé.

Mais ce n'est pas seulement en rédigeant la loi de 1810, c'est chaque fois que, depuis 1790, il a ouvert l'action d'office dans quelque cas particulier, que le législateur a eu à se demander s'il convenait de conférer ce pouvoir au ministère public d'une manière générale et pour toutes les circonstances où l'ordre public lui paraîtrait le réclamer; ou s'il était mieux de subordonner son action à une autorisation exprimée pour chaque cas dans un texte spécial. Lors de la rédaction du titre *du mariage*, notamment, cette alternative a dû se présenter à son esprit. Que voyons-nous cependant dans ce titre? une attribution pour des cas expressément déterminés. Après avoir rappelé que le ministère public *peut s'élever d'office contre un mariage infecté de quelques-unes des nullités qu'on a énoncées comme appartenant au droit public*, Portalis s'écrie : *Mais gardons-nous de donner à cette censure confiée au ministère public pour l'intérêt*

des mœurs et de la société, une étendue qui la rendrait oppressive et qui la ferait dégénérer en inquisition. Si telle fut la pensée du législateur dans une matière qui touchait aussi intimement et aussi profondément aux intérêts les plus sacrés de l'ordre public, où il est si urgent que toute atteinte à la morale publique, tout scandale soit immédiatement réprimé, comment supposer et admettre jamais qu'il ait voulu laisser, dans toute autre matière, les officiers du parquet sans guide et sans boussole ; qu'il ait voulu livrer à leur arbitraire sans limite, la détermination si délicate et si périlleuse des cas où l'intérêt général mêlé à l'intérêt privé est assez prédominant pour exiger l'exercice de l'action d'office, sans danger d'oppression ni d'inquisition!

Dans l'impossibilité de concilier les deux parties de l'article 46, quand on veut voir dans le second paragraphe autre chose qu'une action administrative, si l'on veut pourtant sortir d'embarras et trancher le doute, n'est-ce pas la première partie qu'il faut faire dominer sur le reste de l'article comme étant celle où la pensée de la loi est plus facilement saisissable, où son intention est plus accusée, où le principe posé est, par sa nature et son importance, par la garantie qu'il assure aux intérêts privés, bien plus en harmonie avec l'esprit général du Code civil et les vrais intérêts de la société.

VIII.

Deuxième question. — En admettant pour constant que le ministère public ne jouit pas du droit général que l'on veut puiser pour lui dans la disposition de la loi de 1810, a-t-il, au moins, et spécialement, le droit de former d'office des actions *à fin de rectification des actes de l'état civil*, dans les circonstances qui, suivant lui, intéressent l'ordre public? notamment, pour faire supprimer un titre ou une particule nobiliaire?

Assurément si un principe paraissait constant et solidement installé dans la jurisprudence, c'était celui qui, traçant au ministère public sa ligne de conduite en matière de rectification des registres de l'état civil, lui faisait un devoir de laisser agir les parties intéressées et lui prescrivait de s'abstenir de toute initiative à cet égard. Ce principe, proclamé plusieurs fois par

le Conseil d'État, avait été, par l'avis du 13 nivôse an X, élevé à la hauteur d'une garantie sociale.

« Les principes sur lesquels repose l'état des hommes, lit-« on dans cet avis, s'opposent à toute rectification des registres « qui n'est pas le résultat d'un jugement provoqué par les par-« ties intéressées à demander ou à contredire la rectification. « Ces principes ont toujours été respectés *comme la plus ferme « garantie de l'ordre social*..... ils viennent d'être consacrés « dans le projet de la troisième loi du Code civil. » (Le titre du Code Napoléon *des actes de l'état civil.*)

L'opinion des rédacteurs de l'avis du 13 nivôse an X sur la convenance de l'abstention du pouvoir, quand il s'agit de porter la main sur les registres de l'état civil, est si tranchée, qu'elle paraît exclure toute exception, même dans les circonstances où l'ordre public paraît le plus évidemment intéressé. Ainsi les ministres de la justice et de l'intérieur qui provoquaient un décret pour la rectification des registres du département de l'Ardèche, signalaient, dans ces registres, des erreurs, des omissions, et jusqu'à *des faux*. Apparemment il y avait là atteinte à l'ordre public : le conseil d'État ne s'en émeut point. Une loi existait qui avait prescrit des mesures pour remplacer les registres de l'état civil dans des départements où ils avaient été incendiés ou perdus. C'était bien là encore un cas qui dépassait les bornes d'un intérêt individuel. Cependant l'avis du conseil d'État ne parle de cette loi du 2 floréal an III qu'à titre de critique et pour relever les difficultés d'exécution qu'elle a rencontrées.

IX.

L'avis du Conseil d'État du 11 brumaire an XII a-t-il donné un démenti à des vues et à des règles de conduite qui semblaient si arrêtées dans l'esprit et les traditions de ce conseil? Il s'agissait d'actes omis sur les registres, par conséquent de donner un état civil à des individus qui n'en avaient aucun, de ne pas laisser en dehors du cadre social des Français qui devaient participer, comme tous les autres, aux avantages mais aussi aux charges de la société, et notamment, pour les enfants mâles, acquitter la grande dette civique du service militaire. Cependant le Conseil d'État n'admet point qu'il y ait lieu de

prescrire l'action d'office du ministère public. Était-ce une loi ou un règlement d'administration publique, ou une simple règle de conduite que les ministres consultants lui demandaient? C'est ce qu'il est difficile d'apprécier au milieu de la confusion et de l'altération que subissaient fréquemment les principes et les pouvoirs à cette époque; ce qui ne permet pas d'asseoir un argument sérieux sur cette formule de l'avis *il est plus convenable....*, au lieu de celle-ci *la loi ne permet pas....*, formule qui, du reste, était peu à la mode alors. Quoi qu'il en soit, en se prononçant pour l'inaction des pouvoirs publics, l'avis du 11 brumaire an XII se termine par ces mots : *sauf le droit qu'ont incontestablement les commissaires du gouvernement d'agir d'office en cette matière dans les circonstances qui intéressent l'ordre public.*

C'est dans cette simple énonciation que l'on veut trouver l'institution de l'action d'office du ministère public en matière de rectification des registres de l'état civil, et cela d'une manière absolue, indéfinie, sans restriction ni condition, toutes les fois qu'il lui semblera que les circonstances intéressent l'ordre public.

Le droit général et absolu d'agir d'office en cette matière existait-il déjà? non sans doute, car c'est dans le titre du Code Napoléon spécial pour les actes de l'état civil qu'il aurait dû être proclamé. Le Conseil d'État entendait-il le créer par cette phrase finale de son avis, lui qui n'était appelé qu'à interpréter la loi et non à la suppléer? La formule dont il s'est servi est celle d'une simple réserve. On énonce, on rappelle, on veut sauvegarder un droit *incontestable* existant au moment même où l'on parle. On n'entend donc point innover, ni conférer aucune prérogative qui n'existerait pas déjà. Quand il s'agit de modifier profondément la législation sur un point aussi important, est-ce donc en effet avec ce sans-façon, cette forme cavalière que le législateur doit procéder? En vérité c'est chose merveilleuse que la facilité avec laquelle les Français admettent, en général, l'existence de dispositions législatives, c'est-à-dire de mesures restrictives de leurs droits, de leurs libertés; sauf à se dispenser de l'obéissance quand l'intérêt ou les passions le demandent.

X.

La jurisprudence, il est vrai, admet que les décrets impériaux du premier empire, insérés au Bulletin des lois, doivent être considérés comme ayant eux-mêmes force de loi quand ils n'ont pas été suivis d'un recours au Sénat pour cause d'inconstitutionalité ; sans s'inquiéter du reste si le corps politique chargé de dénoncer cette inconstitutionalité n'avait pas été supprimé depuis longtemps, au moment de l'apparition de ces décrets qui affectaient et usurpaient le caractère de loi. Mais dans quelle mesure le silence du pouvoir constitutionnel pourra-t-il prêter force de loi à la teneur d'un acte qui n'est point un acte législatif? apparemment ce sera uniquement pour ce qui constituera le dispositif même, pour ce qui sera vraiment disposition, jussion dans cet acte. Et de même qu'on ne se pourvoit point contre les motifs seuls d'un jugement, on ne peut admettre qu'il y ait possibilité ou nécessité de réclamer contre une simple réserve, une pure énonciation incidente qui se borne à rappeler un droit comme existant, et semble n'avoir pas la prétention de le créer.

XI.

Quels sont donc le sens et la portée de cette phrase finale de l'avis du Conseil d'Etat du 11 brumaire an XII? quel droit a-t-il entendu rappeler et réserver? M. Merlin affirme qu'il s'agit uniquement de l'action d'office du ministère public pour faire punir, conformément aux articles 50 et suivants du Code Napoléon, les auteurs des négligences, des erreurs, des omissions et des faux qui peuvent avoir été commis dans les registres. Peut-être la pensée du Conseil d'État se reportait-elle aussi à cette loi du 2 floréal an III relative au cas où tous les registres de plusieurs communes ont été perdus ou détruits, loi qu'après tout il n'entendait point abroger.

Comment supposer, en effet, que le Conseil d'État, qui, en l'an X, repoussait l'action d'office dans un cas particulier, même pour faire réparer des omissions et des faux ; qui voyait même des inconvénients dans l'initiative du gouvernement pour le remplacement des registres d'une contrée perdus ou détruits

par la guerre, eût imaginé des circonstances intéressant plus impérieusement l'ordre public, et eût entendu conférer ainsi, incidemment et par énonciation, au ministère public, une initiative qu'il avait obstinément et si énergiquement déniée ou déconseillée jusque-là !

Supposons pour un instant que le Conseil d'État eût entendu réserver l'action qu'en fait, et sous le gouvernement impérial, qui se permettait beaucoup de choses en matière de conscription, le ministère public aurait, dit-on, exercée pour faire inscrire des conscrits sur les registres de naissance. Que vaudra, même après cette concession, l'argument qui consiste à dire que le pouvoir de faire inscrire d'office des actes qui n'existent pas emporte celui de faire rectifier des actes existants, par la raison que le droit de créer suppose celui de régulariser ? Oublie-t-on que l'argument *du plus ou du moins* n'est concluant qu'à la condition qu'il y ait parité parfaite d'un cas à un autre ? Ici la parité n'existe pas. *L'omission* qui prive l'État d'un soldat intéresse évidemment l'ordre public. Avait-on jamais imaginé, jusqu'à la loi de 1858 sur l'usurpation des titres, que l'ordre public pût être intéressé *à la rectification* de l'acte de naissance ou de décès d'un simple particulier ?

XII.

Pour en finir bien vite avec les textes confirmatifs qu'on invoque, disons que le décret du 18 juin 1811, — si l'on en excepte les deux dispositions spéciales et exceptionnelles des articles 114 et 115, portant que deux lois, dont le texte ne fournissait matière à aucun doute, continueront d'être exécutées, — n'a qu'un objet et qu'une portée législative, c'est de régler le payement, la taxation et le mode de recouvrement des frais de justice ; qu'il ne constitue proprement qu'*un tarif* et nullement une loi d'attribution et de compétence. Dès lors que peut-on reconnaître comme disposition, comme loi dans ce décret? uniquement la partie des textes qui fixe le chiffre des frais ; c'est là proprement, virtuellement l'objet, le dispositif de ce règlement. Que les énonciations de son article 22 supposent l'existence d'une action d'office pour la rectification des actes de l'état civil, action qui serait ouverte par l'avis du Conseil d'État du 11 brumaire an XII, cela est possible. Mais s'il y a

eu erreur de la part des rédacteurs de ce document législatif, si le droit supposé n'existait pas, est-ce que l'erreur du tarif lui donnera l'existence? Ce tarif ne se proposait ni d'ouvrir une action au ministère public ni de compléter une loi sur les rectifications des actes de l'état civil qu'il aurait jugée insuffisante. Ce qui sera donc raisonnable, logique et nécessaire, ce ne sera pas d'admettre que les deux décrets, impuissants chacun isolément à créer l'action d'office, se soutiennent l'un par l'autre; mais bien de conclure que la supposition inexacte, l'interprétation erronée faite par les rédacteurs du tarif, s'évanouit devant le texte et l'esprit évident du décret de l'an XII. Oui, s'il y avait un doute sérieux, on pourrait admettre une interprétation, une confirmation dans le sens du tarif; mais si le doute n'était pas permis avant le tarif, il faudra écarter ce document qui n'avait nullement la prétention de légiférer sur ce point qui suppose l'existence de l'action et ne la crée point et ne dispose réellement que pour la taxe et le recouvrement des frais de justice.

Il faut laisser de côté les textes des lois spéciales postérieures, qui ne fournissent aucun argument sérieux dans un sens ou dans un autre, et arriver à la loi du 28 mai 1858.

XIII.

C'est ici qu'éclate toute l'importance du débat; il est permis de penser que si cette loi ne fût pas survenue, la prétention à une action d'office, en matière de rectification des actes de l'état civil, en dehors des cas spécifiés par la loi de finances de 1817 et relatifs aux indigents ainsi qu'aux registres perdus ou détruits par la guerre, n'aurait jamais surgi de la part du ministère public. Tout l'intérêt de la question réside donc ici dans la possibilité légale, indépendamment de toute intention semblable de la part de la magistrature des parquets, d'une croisade *au civil* contre les usurpations nobiliaires.

Cette loi du 28 mai punit d'une amende de 300 à 10,000 fr. quiconque, sans droit ou en vue de s'attribuer une distinction honorifique, aura publiquement pris un titre, changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil. Puis l'article ajoute: « Le tribunal ordonnera la mention du jugement en marge des actes authentiques ou des actes de l'état

« civil dans lesquels le titre aura été pris indûment ou le nom « altéré. »

Cette disposition fournit une double argumentation au ministère public. D'une part, il est évident que, depuis la loi de 1858, toute usurpation de titre ou de distinction nobiliaire dans des actes publics, contenant un empiétement sur les droits du souverain et de plus *un délit*, intéresse essentiellement l'ordre public.

D'autre part, comment le ministère public, investi désormais, devant la juridiction correctionnelle, d'une action qui lui permet de faire opérer la rectification en vertu du jugement correctionnel, serait-il incompétent et non recevable à demander la même rectification à la juridiction civile, dont les formes plus douces et moins expéditives offrent plus de garanties que la juridiction correctionnelle?

Nul doute que toute usurpation de titre honorifique, et toute altération de nom intéressent l'ordre public : cela était vrai avant la loi de 1858 comme depuis. Il y avait la même atteinte au droit du souverain qui seul peut conférer des titres et autoriser des changements de nom. Et pourtant quel officier du parquet eût songé à entreprendre alors une poursuite devant une juridiction quelconque! Nouvelle preuve que cette première condition de circonstance intéressant l'ordre public ne suffit point, et qu'il faut encore ce que nous supposons comme concédé à ce point de la discussion, que la loi ait expressément ouvert l'action civile pour un fait par elle spécifié. Mais si la loi, ici, a non-seulement ouvert une action, mais défini la nature de cette action, son mode et ses conditions d'exercice; ne s'ensuivra-t-il pas qu'en dehors de ces conditions, le ministère public demeure désarmé et sans attribution. Or quelle est l'action ouverte? c'est l'action devant la juridiction *correctionnelle*. Quel est son objet? La poursuite d'*un délit*. La condition de l'exercice de toute action du ministère public sera donc qu'il y ait *intention coupable*, c'est-à-dire *usurpation frauduleuse*. Voilà ce qui fut expliqué expressément et à plusieurs reprises dans l'exposé des motifs et dans la discussion du projet de loi. C'était là qu'on plaçait la barrière préservatrice contre les inconvénients et les abus dont quelques esprits craignaient que la loi ne devînt l'occasion. La conséquence de ceci, c'est que le ministère public a été investi privativement de l'action en ré-

pression d'un délit devant la juridiction correctionnelle, et nullement de l'action en rectification des actes de l'état civil ou autres actes publics devant la juridiction *civile*. Soutenir qu'il y aurait inconséquence de la part de la loi à refuser au ministère public le pouvoir de demander à cette dernière juridiction, ce qu'il est obligé de requérir en police correctionnelle, c'est méconnaître étrangement l'esprit de la loi, c'est chercher à reconquérir, pour le ministère public, cette faculté de procéder à une révision générale de tous les titres de noblesse en France qu'on a voulu et entendu très-expressément lui refuser.

XIV.

Une des critiques sérieuses des opposants au projet de loi, en effet, c'était, sinon la possibilité *d'une application ininteligente, abusive et partiale de la loi*, du moins l'éventualité *d'un excès de zèle et d'ardeur* de la part de quelques magistrats, qui, pour atteindre les usurpateurs, *pourraient inquiéter plus d'un possesseur légitime*. Qu'a-t-on répondu?

« Est-il besoin de dire que le projet de loi n'entend point « conférer aux tribunaux de justice répressive *une sorte de révi-* « *sion générale de tous les titres de noblesse*.

« ... Le zèle éclairé des magistrats ne se trompera point sur « les devoirs qui naissent pour eux de la loi. Ils comprendront « qu'ils doivent poursuivre et PUNIR les usurpations flagrantes « sur lesquelles il n'y a ni erreur ni illusion possible.

« ... Cette distinction si facile à saisir n'est que l'application « du principe que, *sans intention coupable*, il n'y a point de « criminalité. » (Exposé des motifs).

« La loi actuelle n'a pas pour but de préparer une révision « générale de tous les titres, de tous les noms nobiliaires. Elle « n'est pas une préface d'un livre d'or pour la noblesse fran- « çaise.

« ... Le *délit* ne subsistera qu'à la double condition que la « particule nobiliaire aura été *frauduleusement* introduite dans « le nom véritable. » (Rapport de M. du Miral.)

« Il ne s'agit, dit M. Duvergier, que d'atteindre l'*audace*, la « *mauvaise foi* ou la *fraude*. »

Ceci bien entendu, comprend-on une action devant la juridiction *civile*? La première obligation qu'aura à remplir le mi-

nistère public c'est d'établir qu'il y a *délit*, c'est-à-dire *criminalité punissable de l'usurpation, audace, mauvaise foi et fraude*. Mais alors que fait-il, que veut-il, que demande-t-il devant les juges civils! Pourquoi la juridiction correctionnelle n'est-elle pas saisie, elle qui peut seule se préoccuper d'intention coupable et de délit, et qui peut seule *punir*?

XV.

L'obligation de poursuivre au correctionnel implique, dit-on, la possibilité, la faculté de procéder par action civile : quelle étrange préoccupation! Tout particulier lésé par un délit a le choix, pour obtenir réparation, entre la voie civile et la voie criminelle : a-t-on jamais soupçonné que le ministère public eût la même option? Il y a obligation pour lui de poursuivre au grand criminel les faux commis dans les actes authentiques ou privés : a-t-on jamais imaginé que les officiers du parquet seraient recevables à faire constater par la justice civile l'existence d'un faux commis dans tel ou tel acte notarié ou sous seing privé produit dans un procès, et à requérir l'annulation et la lacération de la pièce? Et cela en présence de l'article 240 du Code de procédure civile qui prescrit que, *dès qu'il résulte de la procédure des indices de faux ou de falsification, il soit surseis à statuer au civil jusqu'après le jugement de faux*. L'obligation de poursuivre le vol, l'abus de confiance ou de blanc seing emporte-t-elle le droit de faire déclarer par le tribunal civil que tel objet mobilier, tel bijou, tel diamant dont un individu est possesseur, ne lui appartient pas, qu'il a été dérobé au légitime propriétaire aux mains duquel on en requerra la remise?

XVI.

En jetant les yeux sur l'exposé des faits qui précède, dans la *Gazette des Tribunaux* du 26 décembre 1860, l'arrêt de la Cour d'Angers, il semble que l'espèce présentait tous les caractères signalés par l'exposé des motifs pour qu'il y eût nécessité de porter l'action devant la justice répressive. On se demande dès lors comment c'est devant la juridiction civile que le défendeur a été appelé, et par quelle dérogation à la loi

il a échappé à la police correctionnelle et à la répression pénale édictée. En interrogeant la date des actes qui constituaient l'usurpation, on reconnaît qu'ils sont antérieurs à la loi de 1858, et qu'il y avait impossibilité légale d'une poursuite correctionnelle. Mais dans les cas ultérieurs qui se présenteront, si la double action est ouverte au ministère public avec faculté du choix, qui peut répondre que des considérations par lesquelles les intentions les plus droites se laissent quelquefois surprendre, ne feront pas, dans certaines occurrences, préférer la juridiction la moins rigoureuse. La faillibilité humaine permet de tout prévoir. Devant une telle prévision, devant une telle possibilité, les idées se troublent, on ne reconnaît plus les voies ordinaires de la loi. Eh quoi ! il n'y aurait pas impossibilité absolue à ce qu'il y eût acception de personnes ! que les uns fussent réservés à la juridiction civile, tandis que d'autres iraient s'asseoir sur les bancs de la police correctionnelle ! Cette égalité que Fiévée avait cherchée partout, demandant à tous où elle était, sans avoir obtenu d'autre réponse que celle-ci, *devant la loi*; cette égalité pourrait donc plus ou moins fréquemment défaillir même devant la loi ! La supposition n'est pas admissible. Mais alors n'est-il pas à craindre que l'usage ne s'introduise insensiblement d'agir exclusivement par la voie civile envers tous. S'il en était ainsi, qu'est-ce qui garantirait que de poursuite en poursuite, d'entraînement en entraînement, on n'en arriverait pas à réaliser, plus ou moins complétement, cette révision générale de tous les titres et de tous les noms nobiliaires que le législateur a entendu interdire.

Disons au moins avec certitude que, dans la pensée des auteurs de la loi, le scandale d'une poursuite correctionnelle, les conditions qu'elle exige, la répugnance à l'entreprendre, en dehors de certaines circonstances particulièrement provoquantes, devaient exercer une influence modératrice, servir de barrière, et prévenir ce degré d'activité qui aurait pu dégénérer en inquisition et dont s'effrayaient les adversaires de la loi. Qu'eussent-ils dit, s'ils avaient pu penser qu'ils conféraient au ministère public la faculté d'agir, à son choix, devant la juridiction civile comme devant la juridiction correctionnelle !

XVII.

On s'effraye peut-être outre mesure de certains résultats qui se produiraient si l'action civile était refusée au ministère public. La loi de 1858 consacrerait, dit-on, toutes les usurpations qui lui sont antérieures; celles qui seraient prescrites avant que le ministère public ne les connût; celles qui échapperaient à la répression correctionnelle par le décès des délinquants : Le délit impuni du père deviendrait le droit inattaquable des enfants.

Quand il faudrait admettre tous ces résultats favorables à l'impunité des usurpations, la société aurait-elle en vérité si grand sujet de s'en alarmer? Le législateur a déclaré que les poursuites devaient être rares et constituer l'exception; quand elles seraient encore un peu plus rares, où serait le si grand mal? Dans la période de 1830 à 1858, où il n'y a pas eu de poursuite du tout, voit-on que l'ordre social en ait si gravement souffert?

Un jugement surpris sur requête pourra protéger une situation usurpée : eh bien, on a proclamé que la poursuite ne s'attaquerait qu'à l'usurpation flagrante, à la fraude scandaleuse : quand un tribunal a reconnu le droit prétendu usurpé, le scandale n'existe plus légalement pour la société, ni pour son représentant; le jugement est réputé vérité, et il n'y a plus à déplorer l'absence des poursuites. La puissance de la chose jugée ne va-t-elle pas, en effet, jusqu'à faire *de non jure jus, de non ente ens*. Et après tout, dit la Cour de Bordeaux, dans son arrêt si remarquable du 28 août 1860, si la loi ne suffisait pas pour atteindre toutes les usurpations, ce serait au législateur, et non à la jurisprudence qu'il appartiendrait de compléter son œuvre.

Sur les deux premières questions qui viennent d'être examinées, terminons par cette double observation. N'est-il pas remarquable, quant à la première question, que la seule parole émanée d'un législateur qui ait un trait direct à la difficulté et qui en implique la gravité, celle de Portalis, c'est-à-dire du premier de nos législateurs par la hauteur des vues et par le coup d'œil de l'homme d'État, soit une parole de défiance, d'appréhension des dangers attachés à un droit d'action sans

limite, du ministère public, *à une censure trop étendue qui la rendrait oppressive et la ferait dégénérer en inquisition* : et, quant à la seconde question, que la première application de l'action d'office en matière civile, qui soulève ce grand débat, se produit précisément dans une matière où la pensée de tous ceux qui ont concouru à l'élaboration de la loi a été que jamais le ministère public n'agirait autrement que par la voie correctionnelle.

XVIII.

Troisième question. — En supposant l'existence du double droit d'action d'office soit en vertu de la loi de 1810, soit en vertu de l'avis du Conseil d'État du 11 brumaire an XII; le ministère public est-il recevable à appeler d'un jugement dans lequel il n'a pas figuré comme *partie principale*, mais seulement comme *partie jointe*?

Sur cette fin de non-recevoir, il semble que le point de départ n'est pas moins incontestable que pour les deux autres questions, et que des déductions d'une logique rigoureuse conduisent à la solution.

Ce point de départ, cette prémisse évidente, c'est cette règle élémentaire, non écrite dans un texte, mais dans le bon sens, dans la doctrine, dans la nature des choses, que pour être recevable à appeler d'un jugement, *il faut y avoir été partie.* Cette règle est confirmée par la voie extraordinaire ouverte dans certains cas sous le nom de *tierce opposition*, contre des jugements auxquels on n'a pas figuré. Cette règle, qui fait le droit commun, ne pourra recevoir d'exception que par une dérogation écrite dans un texte, et non à l'aide de déductions subtiles et métaphysiques.

On prétend cependant puiser cette dérogation dans la nature exceptionnelle et privilégiée de l'action publique dont le ministère public est investi. Cette action, soutient-on, *est en dehors du droit commun.* « L'absence d'intervention positive et « de conclusions comme partie principale qui enchaînerait un « particulier majeur, libre et maître de sa conduite, n'a plus la « même autorité quand il s'agit du ministère public, parce que « l'intérêt général engagé dans une affaire exige que le droit « d'action ou de défense de la société ne périsse point par le

« fait de celui qui la représente, *et ne soit pas anéanti par les « formes et les difficultés de la procédure,* à moins qu'un texte « spécial n'ait déterminé ces formes et attaché à leur inexécu- « tion la peine de l'extinction du droit dont la loi a permis « l'exercice (arrêt de la Cour de Metz du 31 juillet 1860. S. « 60, 2, 604).

L'action du ministère public est en dehors du droit commun ; Voilà une proposition d'une étrange portée dans ses termes absolus, et de nature à jeter une grande perturbation dans les idées des praticiens. Où s'arrêteront les conséquences de cette essence mystérieuse et supernaturelle assignée à l'action du ministère public? Il est un point, il est vrai, on le précisera dans un instant, où la position du ministère public, analogue en effet à celle des mineurs et de tous ceux qui ne sont pas maîtres de leurs droits ou du droit spécial qu'ils font valoir, entraîne certaines conséquences exceptionnelles. Mais à part cette exception, s'il est une proposition vraie, c'est que l'action du ministère public est soumise à toutes les formes et à toutes les règles ordinaires de la procédure. Est-ce que tous les jours on ne déclarerait pas nulle une citation donnée à la requête du ministère public, qui n'indiquerait pas le jour de la comparution ou l'objet de l'assignation? Est-ce qu'en toute matière le droit d'appel du parquet ne périt pas faute d'avoir été exercé dans les délais fixés? Est-ce que l'action même pour la répression des crimes et délits, qui importe à un si haut degré au maintien de la société, ne s'éteint pas par l'inaction du ministère public continuée jusqu'à l'expiration des délais marqués pour la prescription? Est-ce qu'enfin, s'il a omis en première instance et en appel, de faire insérer dans un jugement correctionnel quelque répression accessoire, il n'est pas non recevable à faire réparer cette omission? Comment donc concevoir et admettre ces maximes *que sa qualité, ses droits dans une instance ne dépendent que de la loi, jamais de sa volonté et de son langage, encore moins d'une négligence ou d'un oubli; qu'enfin il est de plein droit et forcément partie dans toute instance où l'ordre public est intéressé.* (Arrêt de la Cour d'Agen du 18 juin 1860. S. V. 60, 2, 376).

XIX.

S'il est une vérité élémentaire, saisissante, c'est au contraire que l'action du ministère public ne peut se faire sentir et produire des effets qu'à la condition d'être exercée; qu'une action latente choque le bon sens et entraînerait des conséquences d'une iniquité flagrante. Oui, il est vrai que l'action publique pour la répression des faits punissables, *une fois mise en mouvement* par le ministère public ou même par une partie civile, n'appartient plus aux officiers du parquet; que le tribunal peut juger nonobstant un désistement qui interviendrait de leur part; condamner malgré leurs conclusions favorables un prévenu; que le ministère public peut appeler d'un jugement conforme à ses réquisitions; et qu'à plus forte raison ce droit appartient au ministère public près le tribunal d'appel. Voilà les seules dérogations au droit commun qui se puissent comprendre, et auxquelles on faisait plus haut allusion. Tout cela est incontestable, et l'on peut regarder ces principes comme applicables à l'action d'office en matière civile dans les cas spécifiés par la loi. Mais, encore une fois, ces effets ne se produisent, ces droits privilégiés ne peuvent trouver leur application qu'autant que l'action publique a été mise en mouvement, qu'elle s'est manifestée, qu'elle existe en fait, en réalité et non en simple puissance, en simple possibilité.

Il suffira, sans doute, que devant la juridiction civile saisie par une partie, le ministère public déclare qu'il entend se constituer partie principale, et combattre comme adversaire direct la requête soumise au tribunal : et cette faculté suffit bien évidemment pour sauvegarder les intérêts de l'ordre public. Cette déclaration n'est pas nécessaire devant les tribunaux de répression, parce que le ministère public y est toujours essentiellement et nécessairement *partie principale* et jamais *partie jointe*; mais devant la juridiction civile où, de règle générale au contraire, il n'est que partie jointe, même pour les jugements de rectification des actes de l'état civil provoqués par les parties pour des cas ordinaires; il faut bien qu'il se prononce nettement sur le rôle qu'il entend s'attribuer. L'intérêt légitime des parties l'exige absolument. Est-ce qu'il peut être indifférent au demandeur en rectification de savoir s'il a ou

non devant lui un adversaire direct et principal, et quels sont, par suite, l'étendue et les limites de son droit de défense. Que le ministère public ne soit que *partie jointe*, il ne peut lui répliquer; il ne peut modifier les conclusions qu'il a prises par sa requête et sur lesquelles le ministère public vient de s'expliquer. Que le représentant de la société soit *partie principale*, le demandeur pourra, après son réquisitoire, user de ce précieux droit de réplique, demander une remise, un sursis, modifier ses conclusions, provoquer une mesure d'instruction.

Et enfin, ce qui est capital, il faut qu'aucune incertitude n'existe pour la partie sur la possibilité d'un appel, ni sur la durée du délai dans lequel cet appel pourra être interjeté. Aux termes de l'article 858 du Code de procédure, dans le cas *où il n'y a d'autre partie* que le demandeur en rectification, il peut, dans les trois mois *depuis la date du jugement*, se pourvoir à la Cour d'appel. Ne voit-on pas que si le ministère public est *partie principale*, le droit commun reprend son empire; il y a *une autre partie* que le demandeur en rectification et, suivant la règle ordinaire, le délai d'appel ne devra courir que du jour de la signification du jugement, faite soit par la partie soit par le ministère public. Mais avec la théorie mystique et nébuleuse de l'action latente, existant de plein droit, *ipso facto*, comment le demandeur en rectification saura-t-il quand il doit ou non signifier le jugement? Si le ministère public n'était jamais partie principale que *dans les cas spécifiés par la loi*, le demandeur saurait toujours à quoi s'en tenir en consultant cette loi. Si, au contraire, l'action d'office existe d'une manière générale et indéfinie toutes les fois que l'ordre public sera intéressé, sans que la loi s'en soit expliquée, il faudra donc que la partie tranche seule et à ses risques et périls cette première question, et qu'elle se dise que le ministère public pouvant avoir, dans la circonstance, la qualité occulte de partie principale, il faut lui signifier le jugement pour faire courir le délai d'appel.

Cette nécessité d'un point de départ au délai d'appel était embarrassante; on s'est mis fort à l'aise en répondant que ce délai serait toujours celui de trois mois *du jour du jugement*: nouvelle preuve de cette vérité que dès qu'on se jette une fois en dehors des règles du droit commun, on ne sait plus où s'arrêter, on se heurte à des difficultés qu'on n'avait pas d'abord

prévues, et l'on arrive à jeter la confusion et la perturbation dans toutes les notions reçues. Que fait-on, en effet, avec cette manière de sortir d'embarras, des termes si clairs et si formels de l'article 858, *s'il n'y a d'autre partie que le demandeur en rectification*. Les restrictions au droit commun sont de droit étroit, et ne s'étendent pas d'un cas à un autre. Voilà donc une partie qui, si elle omet de signifier le jugement au ministère public, peut rester pendant trente ans sous le coup d'un appel.

XX.

Quant à cette affirmation péremptoire que le droit d'action ou de défense de la société est inamissible, qu'il ne doit pas périr par le fait, le silence ou le langage de celui qui la représente, elle a de quoi étonner. Cette doctrine ne conduit-elle pas à faire litière de toutes les règles, de toutes les formes, à fouler aux pieds tous les principes, dès qu'il s'agira de l'action du ministère public s'exerçant dans l'intérêt de l'ordre public. Mais quoi! si le ministère public a laissé passer, inactif et oublieux, tous les délais de l'appel et du pourvoi en cassation, et si cependant il est de vérité absolue que le droit de la société ne doit pas périr par sa négligence ou son oubli, il pourra donc remettre ultérieurement en question, par action principale, ce qui aura été jugé avec lui comme partie jointe, ou partie principale latente! Il faut donc arriver à reconnaître qu'il est une limite où il faut s'arrêter. Or, cette limite, cette barrière salutaire, ce n'est point *in extremis* et avant de se heurter aux dernières conséquences qu'il faut la placer, mais tout d'abord et en travers de la première dérogation non écrite que l'on veut introduire contre le droit commun.

Qu'une réflexion soit permise en terminant. N'y a-t-il pas quelque chose de profondément regrettable dans ces revirements subits de la jurisprudence, dans ces révolutions doctrinales qui viennent tardivement relever et remettre en question des points de droit que l'on croyait fixés, des solutions que l'on croyait acquises à la science. Un jour, c'est le duel qui devient l'assassinat; un autre jour, c'est l'adoption qui devient pos-

sible pour un enfant naturel même légalement reconnu ; puis, c'est la rétention de la chose trouvée qui prend le caractère du vol ; ce sont les reprises mobilières de la femme qui prétendent à un privilége ; c'est enfin l'initiative du ministère public en matière civile qui se révèle avec une extension imprévue. Ne serait-il pas plus sage de reconnaître que, quand l'interprétation de la loi donne lieu à des dissentiments aussi tranchés, quand elle suscite ces grands schismes parmi les corps judiciaires et parmi les interprètes du droit, la loi est mortellement atteinte dans son autorité morale : elle est comme si elle n'existait pas. La Cour de cassation peut dire le dernier mot dans un procès particulier, et réduire, pour ce procès même, à une formalité de simple enregistrement de sa doctrine le droit d'examen des Cours. Mais sur la même question, dans un autre procès, ce droit de libre examen reste entier, l'indépendance du vote reparaît. La Cour de cassation ne peut maîtriser les convictions et violenter les consciences. N'est-il pas déplorable d'imposer au magistrat cette lutte pénible entre la crainte d'exposer les parties à l'inévitable cassation de l'arrêt qu'il va rendre et les révoltes de son intelligence, les scrupules de sa conscience de jurisconsulte et de logicien. Pourquoi cette ardeur de faire de la législation par la jurisprudence, d'obtenir par arrêt pour l'intérêt général et les besoins de la société, ce que la loi seule pourrait faire. L'instrument législatif est-il aujourd'hui si difficile à mettre en œuvre qu'on ne puisse, quand des circonstances impérieuses le demandent, combler une lacune ou faire disparaître une obscurité invincible de la législation ? Oh ! que le législateur de l'an VIII était mieux inspiré quand il voulait que, chaque année, le tribunal de cassation signalât au gouvernement les points sur lesquels l'expérience lui aurait fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation (Art. 86 de la loi du 27 ventôse an VIII). Sans doute, il ne suffira point de quelques décisions hasardées, de quelques méprises des juges ou des jurisconsultes pour mettre une loi en échec. Mais quand un grand schisme se manifeste dans les régions troublées de la justice et de l'école, quand de grandes Cours varient et se contredisent, quand le doute et l'incertitude ont pénétré jusqu'au sein de la Cour suprême, quand dès lors ce qui est obscur ou douteux pour le juge l'est bien plus encore pour le plaideur et pour la société, « il en résulte, a dit

« M. le comte Molé à la Chambre des pairs[1] un mal général, « une sorte d'anarchie à laquelle celui qui a fait la loi peut seul « remédier. Et comment le législateur y remédiera-t-il, dit « encore avec hardiesse cet éminent esprit, sera-ce par une « formule déclarative, par cette interprétation que les publi- « cistes appellent authentique ou de législation? Je le nie; il y « remédie par une loi nouvelle... Les lois s'appliquent, se « changent, se modifient et ne s'interprètent pas; *dès qu'elles « ont besoin de commentaire et d'interprétation, elles ne sont pas « bonnes, il faut les changer.* » LAFONTAINE.

PHILOSOPHIE DU DROIT.

DES LIMITES DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

ET DE LA SOUVERAINETÉ SOCIALE.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

DEUXIÈME ARTICLE[2].

Si, des formules si variées de la question des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale, nous passons à sa discussion, nous comprendrons bien vite que quoiqu'elle n'ait pas l'excuse de la nouveauté, elle est loin d'être résolue. Je ne suis pas de l'avis de Bentham, pour qui toute loi est un mal, parce qu'elle est une limite à la liberté. Une loi, si elle est sage, assure la liberté de tous en prévenant ou en réprimant les abus de la liberté de chacun. Mais la loi elle-même peut être abusive. L'État n'est-il jamais enclin à exagérer son autorité?

J'emprunte à John-Stuart Mill, le défenseur ardent de la liberté individuelle, l'adversaire des empiétements de l'État, deux hypothèses controversées et controversables.

[1] Comme rapporteur de la commission chargée d'examiner le projet de loi devenu la loi du 30 juillet 1828 *sur l'interprétation des lois.*

[2] V. le présent tome, p. 121.

Le publiciste anglais examine le point de savoir si l'État peut, sans excès de pouvoir, interdire la faculté de se marier à quiconque ne justifie point avoir les ressources suffisantes pour entretenir une famille, et il pense que le législateur n'outrepasse pas ses pouvoirs lorsqu'il empêche un acte funeste à celui qui le veut faire, et surtout nuisible à d'autres que lui.

« Le fait de donner l'existence à un être humain est une des actions dans le cours d'une vie humaine qui entraînent le plus de responsabilité. Prendre cette responsabilité de donner une vie qui peut être une source de tourments ou de bonheur est un crime envers l'être auquel on la donne, à moins que cet être n'ait les chances ordinaires d'une existence désirable. Et dans un pays très-peuplé ou menaçant de le devenir, mettre au monde plus qu'un petit nombre d'enfants, ce qui a pour effet de réduire le prix du travail par la concurence, est un crime sérieux pour tous ceux qui vivent du travail !... »

La conclusion, c'est que la loi qui exige très-légitimement des conditions d'âge et des garanties tutélaires de consentement pour le mariage, peut aussi très-légitimement exiger des conditions d'aptitude et des garanties d'aisance : les entraves apportées à la liberté de se marier ne sont pas une violation de la liberté individuelle. Le spirituel traducteur de John-Stuart Mill relève ce *cens conjugal* auquel est soumis le droit d'aimer et de renaître.

Je ne juge pas la solution; je la constate, et je la rapproche d'une autre solution qui me paraît singulièrement la contredire. L'auteur discute le point de savoir si le respect de la liberté individuelle ne doit pas faire admettre le divorce. Il rend compte de l'opinion du baron de Humboldt qui considère que le mariage ayant cette particularité que son but naturel est manqué, à moins que les sentiments des deux parties ne s'accordent avec ce but, il ne devrait rien falloir de plus pour l'annuler que la volonté déclarée de chacune des deux parties. John-Stuart Mill objecte, sinon le droit acquis de l'époux qui réclame le maintien de l'union, au moins la légitime attente sur la foi de laquelle il a arrangé sa vie d'une certaine façon, et enfin les conséquences qu'ont pu avoir les relations des deux contractants, l'existence d'enfants dont l'intérêt sera si gravement affecté par la rupture du lien conjugal. Toutefois, il conclut en faveur du divorce, parce que, suivant lui, on a trop discuté

cette question avec la préoccupation que l'intérêt des enfants était tout, et l'intérêt des grandes personnes, rien.

Tout à l'heure, un intérêt éventuel, l'intérêt des enfants à naître, justifiait les restrictions à la liberté du mariage; et maintenant, un intérêt actuel, un intérêt certain, l'intérêt d'enfants nés offre une simple objection et non un motif de décision contre la faculté de divorcer (p. 189 et 190).

Ces deux théories sont au moins difficiles à concilier. Si j'avais de nouveau à prendre parti dans la controverse sur le divorce, ce ne serait pas par la considération de l'intérêt, si important qu'il soit, des enfants que je me prononcerais. Je tiens cette considération pour secondaire. Si elle était prépondérante, elle entraînerait contre l'époux veuf avec enfants la prohibition d'un nouveau mariage [1].

Cet intérêt des enfants auquel John-Stuart Mill, tour à tour accorde et refuse des conséquences que nous avons cru utile de mettre en opposition, autorise-t-il le gouvernement à rendre obligatoire un certain degré d'instruction, et à intervenir lui-même pour le procurer en cas d'impuissance ou de mauvais vouloir de la part du père de famille? L'avocat de la liberté individuelle éprouve sur ce point de bien vives perplexités. S'il craint la dictature intellectuelle de l'État, il ne redoute pas moins le fléau de l'ignorance. Une éducation générale donnée par l'État serait-elle autre chose qu'une combinaison pour jeter tous les hommes dans le même moule, et ce moule ne serait-il pas le moule qui plairait au pouvoir dominant? La distribution de l'instruction par l'État ne pourrait être admise qu'à titre d'expérience et qu'au milieu de concurrences qu'elle aurait pour objet de stimuler. L'État ne pourrait se charger de cette distribution qu'autant qu'il aurait affaire à une société arriérée qui se complairait dans son ignorance (p. 194, 196).

Cependant John-Stuart Mill, malgré les inconvénients qu'il s'efforce d'atténuer, veut que l'État impose l'éducation. Le pouvoir paternel constitue bien moins un droit qu'un devoir et l'accomplissement d'un devoir peut être imposé. Le père ne peut tout au moins se refuser à laisser faire par l'État ce qu'il ne fait pas lui-même. John-Stuart Mill reproduit ici une idée que nous l'avons déjà vu invoquer. « Il n'est pas encore re-

[1] V. *Revue critique*, tome XIX, p. 423.

connu que mettre au monde un enfant, sans être sûr de le pouvoir non-seulement nourrir, mais encore instruire, est un crime moral et envers la société et envers le malheureux rejeton » (p. 193).

« Celui qui donne naissance à un être humain est étroitement astreint à élever cet être de façon à ce qu'il soit capable de remplir toutes ses obligations envers les autres et envers lui-même. »

Le droit n'est pas du côté du père, il est du côté de l'enfant et c'est au droit de l'enfant qu'il convient de pourvoir et d'assurer satisfaction. Si les enfants d'un homme ne font pas partie de lui-même, le principe que chacun est souverain sur ce qui ne concerne que lui n'est point applicable, la société a qualité pour empêcher ce qui nuit au droit d'autrui; à plus forte raison ce qui nuit au droit de l'enfant, d'autant plus inviolable pour le père que c'est lui qui l'a constitué et qu'on ne lui demande, en quelque sorte, que la continuation de son œuvre.

L'État devrait, il est vrai, laisser les parents libres de faire élever les enfants où et comme ils voudraient, et, suivant les circonstances, soit aider à payer, soit même payer entièrement les frais d'école. Qu'importe que l'État impose l'éducation s'il ne se charge pas de la diriger? Ce n'est que la toute-puissance de sa direction qui est alarmante.

La solution de John-Stuart Mill est-elle bien satisfaisante? Le père dirigera l'éducation alors même qu'il sera étranger aux frais. Mais s'il est incapable de présider à cette direction, si son choix est abusif, contraire à l'intérêt de l'enfant, dangereux pour son avenir, l'État sera-t-il privé du droit de contrôle, du droit de substituer son autorité à une autorité imprudente? Comment d'ailleurs refuser à l'État le droit de choisir les maîtres qu'il paye? Comment en matière d'éducation, concilier ces deux devoirs, le devoir d'intervention dans la dépense, et le devoir d'abstention dans la direction?

Si l'on admettait le droit de l'enfant à l'existence intellectuelle et morale contre le père dont il tient l'existence matérielle, ne faudrait-il pas avouer que ce droit est méconnu par les législations qui comme celle de France interdisent à l'enfant naturel la recherche de la paternité? John-Stuart Mill ne traite pas cette question qui semble offrir un embarras. L'argument déduit de l'incertitude de la recherche et du scan-

dale des révélations qu'elle entraînerait, serait insuffisant pour détruire un droit, le droit de l'enfant. La réponse ne serait-elle pas au moins dans le système de M. Mill que l'intérêt de l'enfant est sacrifié et doit l'être à l'intérêt social d'empêcher la naissance d'enfants naturels, naissance qui serait encouragée et multipliée par l'espérance de les relier au père?

Singulière justice! Dans l'intérêt d'autrui, non, dans l'intérêt du néant, car il s'agit d'une précaution contre des vies à venir auxquelles on se flatte de faire obstacle, la loi punit l'enfant pour une faute antérieure à sa naissance et décharge de ses devoirs le père coupable.

Je réponds : La société est-elle astreinte à prendre sous sa sauvegarde, à armer les droits individuels qui se sont formés malgré elle, à son préjudice, en haine des institutions qu'elle a créées, ou, ce qui lui est plus funeste encore, en haine des institutions qu'elle a réglementées, qui sont non son œuvre, mais l'œuvre de la Providence. Eh bien! Le mariage source de la famille, est une institution contemporaine de toute société. Dans la grande société, une petite société se forme par un libre choix sous l'impulsion qui rapproche les sexes avec l'espérance d'avoir une postérité. La petite société est naturelle comme la société au sein de laquelle elle naît et dont elle constitue l'un des éléments. Le contrat ne constate que la réciprocité du choix. Ce n'est pas le mariage, c'est un certain mariage qu'il fonde. Je ne saurais acquiescer à cette proposition de Montesquieu : « *L'obligation naturelle qu'a le père de nourrir ses enfants, a fait établir le mariage qui déclare celui qui doit remplir cette obligation.* »

M. Mill n'avait pas besoin pour sa thèse d'établir que l'enfant avait un véritable droit, un droit exigible à l'éducation. Il devait seulement prouver que le père n'avait pas le droit d'empêcher l'enfant de recevoir de l'État une éducation qu'il ne pouvait ou ne voulait donner personnellement. J'établirai plus tard que l'enfant n'a pas, au moins dans le sens exact du mot, droit à l'éducation contre l'État.

John-Stuart Mill redoute l'influence de l'État en même temps qu'il réclame de lui des services. Il implore et répudie tout à la fois son secours. Toute puissance collective lui fait ombrage. Elle est pour lui, sinon toujours une oppression actuelle, au moins une menace d'oppression à venir. C'est ainsi que l'opi-

nion publique elle-même l'inquiète et qu'il appréhende son joug. Ne parviendra-t-elle pas quelque jour à comprimer toute spontanéité, à détruire toute variété, à prévenir tout élan, et n'infligera-t-elle pas à chacun un cachet d'uniforme médiocrité; médiocrité et vulgarité ne sont-elles pas à la veille d'envahir le monde? Le nivellement, je me garde de dire le progrès, s'opère par un double mouvement en sens contraire, par l'abaissement de l'aristocratie et l'ascension de la démocratie, en sorte que les classes vont se réunir et se ressembler dans une même moyenne, asservies aux mêmes besoins, aux mêmes usages, aux mêmes idées, au même mode d'alimentation intellectuelle. Plus d'originalité, plus d'indépendance! La souveraineté du nombre est écrasante parce qu'au contact de la tyrannie toujours présente personne ne peut se soustraire. Elle vous enveloppe et vous serre de si près, qu'elle vous oblige à vous modeler sur un type commun, le type que subit sans trop d'impatience votre entourage et qu'il impose avec empressement pour que personne n'échappe à ce milieu de stagnation, à cette régulière et monotone existence qui est une sorte d'avant-goût des félicités que vous promet le socialisme. Beaucoup de gens n'ont-ils pas cru que les arbres étaient plus beaux taillés en boule ou en formes d'animaux qu'abandonnés à leur développement naturel!

« Les circonstances qui environnent les différentes classes et les différents individus et qui forment leur caractère, prennent journellement plus de ressemblance : autrefois, les divers rangs, les divers voisinages, les divers métiers et professions vivaient dans ce qu'on pourrait appeler des mondes différents; à présent, ils vivent tous, à un très-haut degré, dans le même monde. Maintenant, comparativement parlant, ils lisent les mêmes choses, écoutent les mêmes choses, vont aux mêmes endroits; ils ont leurs espérances et leurs craintes dirigées vers les mêmes objets; ils ont les mêmes droits, les mêmes libertés et les mêmes moyens de les revendiquer. Si grandes que soient les différences de position qui restent encore, ce n'est rien auprès de celles qui ont disparu. Et l'assimilation marche toujours. Tous les changements politiques du siècle la favorisent, puisqu'ils tendent tous à élever les basses classes et à abaisser les classes élevées. Toute extension de l'éducation la favorise, parce que l'éducation réunit les hommes sous des influences communes et leur donne accès à tous au fonds général des faits

et des sentiments universels. Tout progrès dans les moyens de communication la favorise, mettant en contact personnel les habitants d'endroits éloignés et entretenant une succession rapide de changements de résidence d'une ville à l'autre. Tout accroissement de commerce et de manufactures favorise encore cette assimilation en répandant la fortune, et en plaçant les plus grands objets d'ambition à la portée générale, par où il advient que le désir de s'élever n'appartient plus exclusivement à une classe, mais à toutes. Mais une influence plus puissante que toutes celles-ci pour amener une similitude générale parmi les hommes, c'est l'établissement complet, dans ce pays et dans d'autres, de l'ascendant de l'opinion publique dans l'État. Comme les nombreuses éminences sociales qui permettaient aux personnes retranchées derrière elles de mépriser l'opinion de la multitude, se nivellent graduellement; comme l'idée même de résister à la volonté du public, quand on sait positivement qu'il a une volonté, disparaît de plus en plus de l'esprit des politiques pratiques, il cesse d'y avoir aucun soutien social pour la non-conformité. Il n'y a plus dans la société de pouvoir indépendant qui, opposé lui-même à l'ascendant de la majorité, soit intéressé à prendre sous sa protection des opinions et des tendances contraires à celles du public (p. 133-134). »

Ailleurs, M. Mill dit : « Un des penchants les plus naturels de l'humanité, est d'étendre les bornes de ce qu'on appelle la police morale jusqu'à un point où elle empiète sur les libertés les plus certainement légitimes de l'individu. »

John-Stuart Mill se méfie du gouvernement des masses. « Jamais le gouvernement d'une démocratie ou d'une aristocratie nombreuse n'est parvenue à s'élever au-dessus de la médiocrité, soit par ses actes politiques, soit par les opinions, les qualités, le genre d'esprit qui l'alimente; excepté là où la foule souveraine s'est laissé guider, comme elle l'a toujours fait dans ses meilleurs temps, par les conseils et l'influence d'une minorité ou d'un homme plus hautement doué et plus instruit. L'initiation à toutes les choses sages et nobles vient et doit venir des individus, et tout d'abord généralement de quelque individu isolé. L'honneur et la gloire de la moyenne des hommes est de pouvoir suivre cette initiative..... » (p. 120).

Ce n'est pas que John-Stuart Mill ait le culte du héros, qu'il accorde au génie le droit de se saisir violemment du pouvoir.

C'est la libre acceptation des gouvernés, et non la violence qu'ils subissent qui légitime les gouvernements.

M. de Tocqueville, lui aussi, a fait la remarque que la souveraineté des majorités est bien plus absolue, bien plus irrésistible que la souveraineté d'un roi : « Un roi n'a qu'une puissance matérielle qui agit sur les actions et ne saurait atteindre les volontés. Mais la majorité est revêtue d'une force tout à la fois matérielle et morale, qui agit sur la volonté autant que sur les actions et qui empêche en même temps le fait et le désir de faire. » (*De la démocratie en Amérique*, t. Ier, p. 307.)

L'État doit garantir non-seulement l'individu le plus faible contre la violence du plus fort; mais la minorité contre l'oppression de la majorité. « Qu'est-ce donc, dit M. de Tocqueville, qu'une majorité prise collectivement, si non un individu qui a des opinions et le plus souvent des intérêts contraires à un individu qu'on nomme la minorité? Or, si vous admettez qu'un homme revêtu de la toute-puissance, peut en abuser contre ses adversaires, pourquoi n'admettez-vous pas la même chose pour une majorité? Les hommes en se réunissant ont-ils changé de caractère, sont-ils devenus plus patients dans les obstacles en devenant plus forts? Pour moi je ne saurai le croire, et le pouvoir de tout faire que je refuse à un de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs. »

La conclusion n'est pas qu'il faille à la tyrannie des majorités, se traduisant dans les lois, préférer la tyrannie pleine de caprices et de soubresauts du génie. Sans doute, des lois peuvent être irréfléchies, passionnées, injustes, oppressives. Mais une règle vicieuse vaut mieux que l'absence de toute règle. Les majorités sont amovibles. Elles ne s'enchaînent pas de parti pris à l'erreur, à l'iniquité. La légalité est non au-dessus, mais au-dessous de la raison qui la juge. Malheureusement la raison n'a pas d'interprète juré, d'interprète officiel et privilégié; un organe plus ou moins pur, plus ou moins sûr, c'est le public éclairé, c'est la puissance de l'opinion, puissance mobile, accessible à tous, dont les arrêts ne sont jamais définitifs et irrévocables, qui se revise elle-même, n'interrompt jamais les avocats, sauf à ne les écouter que quand ils l'intéressent. Elle a trop de voix pour qu'elles soient toutes d'accord et au milieu de débats toujours ouverts, elle est condamnée à trop d'incertitudes, d'oscillations, de retours pour se produire avec ce caractère d'unité

tyrannique et implacable dont s'alarme John-Stuart Mill.

Oui, le gouvernement des majorités fera de moins grandes choses, n'aura pas la largeur et surtout la constance de vues de gouvernement du génie livré à toute l'indépendance de son essor, soit! Comme les masses n'ont pas la fixité, l'immobilité des résolutions à long terme, comme on a, et qu'elles ont elles-mêmes le sentiment que leur pouvoir manque des conditions de stabilité et de durée, qu'il est précaire parce qu'il se décompose avec et comme la majorité, les minorités ne sauraient être réduites à un état d'humiliation et d'inertie; toujours elles entretiennent l'espérance, toujours elles inspirent la crainte d'une revanche. Pourquoi renonceraient-elles à la liberté de discussion, c'est-à-dire au droit de vivre? Cette liberté, on la leur ravira peut-être! Cela n'est guère possible. Le Gouvernement des majorités implique le droit de discussion, parce que les majorités ne rallient leurs éléments, ne se conservent qu'en discutant, et qu'elles ne sauraient guère être tentées de briser une arme sans laquelle, abandonnées à elles-mêmes et indépendamment de toute agression, elles se dissoudraient. La discussion pour les majorités n'est pas seulement un moyen défensif. Pour elles aussi, pour elles surtout, c'est la vie.

Aussi John-Stuart Mill est-il un partisan très-convaincu, très-chaleureux, de la liberté illimitée d'exprimer sous toutes les formes et de publier sa pensée.

Nous admettons avec l'auteur le droit de discussion dans toute sa plénitude. Mais, nous ne saurions admettre un droit d'outrage pour la pensée d'autrui. Les violences morales à charge de représailles ne sont pas plus que les violences matérielles, compatibles avec la sécurité sociale. Si la pensée du pouvoir, si la pensée des majorités est soumise au contrôle des minorités, elle n'est pas condamnée au régime de l'insulte.

M. Mill n'admet la répression qu'autant que l'expression publique de la pensée revêt par les circonstances dans lesquelles elle se produit, le caractère d'une provocation à la révolte, au désordre, à la guerre civile.

Quant aux appréhensions d'excessive unité, par suite d'uniformité, de médiocrité, qui sont comme une obsession pour M. Mill, peut-être pourrait-on répondre que la diffusion de l'é-

ducation et du bien-être, les progrès de l'éducation en s'étendant sur tous entraîneront une ascension génerale de la base au sommet, qui bien loin de s'abaisser, s'élèvera, en sorte qu'il y aura accroissement de lumières et de moralité pour toutes les classes se rapprochant sans se confondre? Est-ce que la pauvreté et l'ignorance ne peuvent pas diminuer sans que les supériorités morales et intellectuelles dépérissent ou cessent seulement de grandir? Est-ce que les atteintes portées à la misère ou à la barbarie entraînent nécessairement l'affaiblissement de la vertu, de la science et du génie? Pourquoi une génération tout entière serait-elle frappée à la même effigie parce qu'elle serait associée, comme à la jouissance d'un fonds commun, à cet ensemble de notions, d'idées, de lumières qui forment le patrimoine d'une civilisation et constituent l'unité intellectuelle et morale d'une nation? Est-ce que cette association ne laisse pas une place suffisante aux diversités d'esprit, de caractère, de situation, d'aptitude et de culture, en un mot à toutes les variétés de développement qui dépendent de l'énergie des volontés et de la faveur ou de l'hostilité des circonstances? Est-ce qu'un nivellement exclusif de toute originalité, de tout éclat, de tout héroïsme, serait la conséquence fatale de l'avénement de la démocratie et du règne des majorités? Frédéric Bastiat a dit quelque part : « L'humanité est une chaîne admirable où s'accomplit ce miracle que les premiers chaînons communiquent à tous les autres un mouvement progressif de plus en plus rapide. »

Nous ne partageons dans cette controverse ni les espérances des optimistes, ni les craintes des pessimistes. Ne sera-t-on point quelque jour amené à reconnaître que l'initiative n'est point le fait des masses, mais qu'à elles appartient le droit d'examen et de *veto?* La tradition, qui, dans le régime des castes, était représentée par les classes privilégiées, ne finira-t-elle point par avoir pour représentants, sous le régime du droit commun, les classes moyennes, si ennemies des secousses, si éprises de sécurité? Le mouvement ne viendra-t-il pas d'en haut, et malheureusement aussi quelquefois d'en bas; malheureusement parce que dans ce cas il pourra bien n'être pas mesuré, régularisé, qu'il sera empreint, sinon de violence, au moins de précipitation?

L'opinion publique, c'est plutôt une force de résistance et

de redressement qu'une force d'initiative et d'impulsion. Elle est moins une provocation au bien qu'un obstacle au mal. Défiante, frondeuse, sceptique, sinon hostile en face des nouveautés, elle n'est révolutionnaire que par accident et sous le coup de quelque crise exceptionnelle; en général c'est une puissance conservatrice; et comme la société, pour vivre, a l'impérieux besoin de maintenir et de perpétuer dans son sein plus d'éléments anciens qu'elle n'en admet de nouveaux, comme elle ne comporte que des renouvellements partiels, successifs, graduels et lents, l'opinion publique, par les épreuves qu'elle fait subir, est une précieuse garantie d'un sage progrès. Cette opinion, les hommes d'élite la préparent, la stimulent, l'annoncent comme des précurseurs; mais ils ne la créent pas. Elle est l'œuvre des intelligences moyennes, intermédiaires, qui ne se chargent pas de l'ensemencement, mais qui arrivent à temps pour faire la récolte. L'opinion, ce n'est pas le germe, ce n'est pas le fruit non plus; c'est le jugement sur la maturité et les qualités du fruit.

Si la liberté est, comme nous l'avons définie, l'affranchissement de tout joug que la raison et la justice n'avouent pas, comment voir pour elle un danger dans l'expression de la raison générale et de la conscience publique? L'opinion, dit-on, suspecte le génie; elle le harcèle avant de l'acclamer; mais elle ne l'étouffe pas. Elle gêne, elle entrave le développement de l'originalité; mais, après tout, c'est par ce qu'ils ont de commun, par ce qu'ils ont de ressemblance et d'affinités que les hommes se rapprochent et vivent d'une vie collective. L'excentricité, si son épanouissement était par trop encouragé, finirait par relâcher le lien social.

L'opinion doit, au moins en partie, jouer dans nos sociétés politiques modernes, vis-à-vis de l'État, le rôle que la papauté a rempli au moyen âge. Qu'elle soit ou ne soit pas associée *au droit de glaive*, qu'elle participe ou ne participe pas officiellement à la puissance matérielle coactive, elle exercera toujours, par sa seule force morale, un grand ascendant, souvent une salutaire suprématie, sur le pouvoir social. Elle régnera, même quand elle ne gouvernera pas, et ce qu'on appelle son despotisme, ce dont on s'effraye sera le plus efficace contrôle, la plus sûre limite du principe d'autorité.

Ce n'est pas que je veuille nier la vérité d'observations trop

importantes pour ne pas être reproduites. Je veux demander au pessimisme de John-Stuart Mill un témoignage en faveur de ma conclusion.

« Dans l'histoire ancienne, au moyen âge et à un moindre degré pendant la longue transition de la féodalité aux temps modernes, l'individu était une puissance par lui-même, et s'il avait où de grands talents ou une position sociale élevée, cette puissance était considérable. A présent les individus sont perdus dans la foule. En politique, c'est presque une banalité de dire que l'opinion publique gouverne à présent le monde. Le seul pouvoir qui mérite ce nom est celui des masses ou celui des gouvernements qui se font les organes des tendances et des instincts des masses. Ceci est aussi vrai pour les relations morales et sociales de la vie privée que pour les transactions publiques. Ce qu'on appelle l'opinion publique n'est pas toujours l'opinion de la même sorte de public. En Amérique, le public c'est toute la population blanche; en Angleterre, c'est simplement la classe moyenne. Mais c'est toujours une masse, c'est-à-dire une médiocrité collective.

« Et ce qui est encore une plus grande nouveauté à présent, la masse ne prend pas ses opinions des dignitaires de l'Église ou de l'État, ni de quelque chef ostensible, ni d'aucun livre.

« Son opinion est faite par des hommes à peu près à sa hauteur, qui, au moyen des journaux, s'adressent à elle ou parlent en son nom sur la question du moment.

« Je ne me plains pas de tout ceci. Je n'affirme pas que rien de mieux soit compatible, comme règle générale, avec l'humble état de l'esprit humain actuellement.

« Mais cela n'empêche pas le gouvernement de la médiocrité d'être un gouvernement médiocre..... » (*La liberté*, p. 119-120).

Non, la médiocrité ne doit pas gouverner. Elle ne saurait être qu'un pouvoir modérateur. Mais ne doit-elle pas, placée qu'elle est entre les hommes infirmes, ignorants, ou au moins dominés par l'instinct et la passion, et les supériorités qu'elle ne comprend qu'à demi, empêcher qu'on ne la surmène, elle et les masses, qu'on ne les surexcite et qu'on ne les fatigue par des marches précipitées, au pas de course. C'est uniquement là l'idée que j'ai timidement exprimée, presque comme une conjecture. Mais mon vrai but a été de montrer les embarras du plus grand théoricien de la liberté individuelle, lorsqu'il lui

a fallu appliquer son principe : « Un homme est maître et souverain pour toute la portion de conduite qui ne touche que lui ; il est soumis à la souveraineté sociale par la portion de conduite qui concerne les autres. » Il a mis en regard le père et l'enfant, et il a non-seulement hésité, mais chancelé. Il a mis l'homme en face de la conscience d'autrui, l'opinion, et sa logique a été déconcertée à ce point qu'il a inventé pour l'homme sociable un singulier ennemi, la société.

Je ne combats pas l'individualisme, je m'enquiers de ses doctrines ; j'examine si elles sont systématiquement coordonnées, et, je l'avoue, au moins en tant que je les étudie dans John-Stuart Mill, dont j'admire pourtant le sens pratique et la merveilleuse sagacité d'observation, je ne leur trouve pas la solide assiette d'une vraie science.

Je voudrais tenter un travail de classement, de méthode, c'est-à-dire de réduction. A. BERTAULD.

QUESTIONS SUR LE PRÊT A LA GROSSE.

Par M. L. M. de Valroger,

docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Les risques si nombreux, si divers et si graves auxquels le commerce maritime est exposé ont donné naissance de bonne heure à des conventions faites dans le but de mettre ces risques à la charge d'un tiers. Un contrat presque aussi ancien que le commerce maritime est celui que nous nommons *prêt à la grosse aventure*. Un plaidoyer de Démosthènes en montre l'usage à Athènes et nous donne le texte d'un acte de ce genre[1]. On y reconnaît déjà tous les caractères essentiels que le prêt à la grosse a retenus. Les Romains le pratiquèrent sous le nom de *nauticum fœnus* ou *trajectitia pecunia*. Un titre lui est consacré dans le Digeste[2]. On suit la persistance de ce contrat

[1] V. Pardessus, *Collection des lois maritimes*, t. I, p. 45.
[2] Dig., lib. XXII, tit. 2.

dans le moyen âge[1]. Le nom de *Bodmerei* (prêt sur quille) qu'il porte en Allemagne a suggéré l'idée que, dans les usages du Nord, ce prêt ne fut admis que sur le corps du navire, non sur le chargement[2]. Il ne se trouve aucune trace d'une pareille restriction dans ceux de la Méditerranée.

Une décrétale de Grégoire IX de 1236[3] menaça ce contrat, en le comprenant dans la prohibition canonique du prêt à intérêt. Mais le prêt à la grosse y échappa au moyen d'une décomposition ingénieuse du contrat; on imagina d'y voir d'un côté un prêt gratuit, de l'autre une convention de se charger des risques moyennant un certain profit. Je suis porté à croire que ce fut cette décomposition qui mit sur la voie de l'assurance, moyen perfectionné, susceptible d'une application plus large, de prendre à sa charge les risques des choses livrées par un autre aux fortunes de la mer.

A mesure que la pratique de l'assurance s'est développée, le prêt à la grosse a perdu de son importance. Au temps de la belle ordonnance dont Colbert dota la France ou plutôt l'Europe, le prêt à la grosse était encore regardé comme l'aliment de la navigation et l'assurance ne venait qu'en un rang secondaire. On verra plus loin les appréciations bien contraires qui ont été émises dans la discussion du Code de commerce. Le contrat à la grosse y fut traité en termes d'une sévérité excessive. Il conserve encore son utilité à côté de l'assurance, surtout pour subvenir à des besoins imprévus en cours de voyage[4]. L'emprunt à la grosse avant le départ ne pourrait être appliqué habituellement aux expéditions maritimes sans tourner à leur ruine. Néanmoins il se peut encore que son emploi soit bon dans certaines situations particulières.

Je ne me propose pas de traiter ici de ce contrat d'une manière générale[5], mais seulement d'approfondir certaines

[1] J'aurai lieu de citer plus loin un statut de Marseille de 1254.

[2] C'est ce que dit Valin sur l'ord. de la marine, t. II, p. 2.

[3] *Op. decret. Gregor.*, lib. V, tit. 19, c. 19, *Naviganti...*

[4] L'usage du prêt à la grosse a été restreint à ce cas dans certains pays. Le nouveau projet de Code de commerce allemand ne s'occupe que de l'emprunt à la grosse fait par le capitaine en voyage (art. 680 et s.), et renvoie aux diverses lois locales pour celui qui serait fait avant le départ, lequel est nommé *uneigentliche Bodmerei* (*Bodmerie* improprement dite).

[5] C'est ce qui a été fait par un savant professeur, M. Bressolles, dans un article publié par la *Revue de législation*, t. XIII, année 1841, p. 339.

difficultés qui sont les plus considérables de la matière.

Les éventualités qui peuvent se produire à la suite d'un prêt à la grosse sont au nombre de quatre : 1° Il peut y avoir heureuse arrivée, sans naufrage ni avaries. — 2° Il peut au contraire survenir une perte totale, cas réglé par l'article 325. — 3° Il peut encore y avoir naufrage suivi d'un sauvetage, cas réglé par les articles 327 et 331. — 4° Vient enfin le cas de simples avaries, réglé par l'article 330. Les deux premières hypothèses ne donnent lieu qu'à peu de questions. Je les laisserai de côté pour concentrer mon attention sur les troisième et quatrième hypothèses, qui sont le siége des plus grandes difficultés du sujet.

Elles viennent en grande partie de ce que certains points capitaux qui demandaient des solutions exactes et précises sont restés au contraire enveloppés de beaucoup d'obscurité. Ainsi, 1° quel est le vrai caractère de l'affectation des choses sur lesquelles est fait le prêt ? Les manières différentes de comprendre cette affectation conduisent à régler très-diversement les droits des parties sur les effets sauvés à la suite d'un naufrage. C'est cet ordre de questions que j'aborderai en premier lieu. 2° Quel est le sens exact de la condition à laquelle le contrat est subordonné ? De là dépend le parti à prendre sur les suites de la perte partielle ou des avaries, suites que j'étudierai plus loin.

Il semble que, dans un contrat dont la pratique remonte si haut, ces points qui dominent le sujet devraient avoir été depuis longtemps éclairés. On verra, au contraire, dans quelle confusion ils sont restés. La pratique de l'assurance a encore compliqué les difficultés. Les deux contrats ont de tels rapports qu'on les a comparés à deux frères jumeaux. Chacun cependant a sa physionomie particulière et sa nature propre. La distinction des règles de l'assurance qui sont applicables au prêt à la grosse et de celles qui n'y sont pas applicables est quelquefois embarrassante, en sorte que l'obscurité vient du côté même d'où l'on attendait la lumière.

Il est résulté de tout cela que le prêt à la grosse est à bon droit considéré comme la matière la plus difficile du droit maritime. Cette difficulté sera mon excuse pour l'imperfection de cet essai consacré aux parties les plus épineuses de la matière.

CHAPITRE Ier.

HYPOTHÈSE D'UN NAUFRAGE SUIVI DE SAUVETAGE.

Cette hypothèse est prévue par l'article 327 qui s'exprime ainsi : « En cas de naufrage, le payement des sommes empruntées à la grosse est réduit à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage. »

L'ordonnance avait déjà dit dans le même sens : « Seront « toutefois, en cas de naufrage, les contrats à la grosse réduits « à la valeur des effets sauvés. »

L'article 327 et l'article 331, qui s'y rattache, soulèvent d'assez nombreuses difficultés. Mais il en est une capitale qui domine toutes les autres : c'est la question de savoir dans quels cas l'emprunteur peut être admis à concourir avec le prêteur sur les effets sauvés.

Voilà le point sur lequel je veux d'abord concentrer mon attention, en laissant de côté des questions secondaires que j'examinerai ensuite.

§ 1.

Au cas où la somme prêtée aurait égalé la valeur de la chose sur laquelle le prêt était fait, nul doute que cette chose tout entière ait été affectée au prêt. Il est donc bien clair que l'emprunteur n'aura aucun droit sur les effets sauvés.

Mais le plus souvent la valeur de la chose sur laquelle on fait un emprunt à la grosse dépasse la somme prêtée. Dans ce cas rien ne s'oppose à ce qu'on n'affecte au prêt qu'une partie de la chose, la moitié ou les deux tiers, si cette moitié ou ces deux tiers représentent une valeur au moins égale à la somme prêtée. C'est ce que suppose la loi elle-même comme on le verra plus bas dans les articles 315 et 320. Lorsqu'on aura ainsi pris soin de n'affecter au prêt qu'une partie de la chose, il va de soi encore, qu'en cas de naufrage, le payement du prêteur devra être réduit à la valeur, non du total des effets sauvés, mais de la partie de ces effets qui a été affectée au prêt ; pour le surplus, les effets reviendront francs du prêt à l'emprunteur.

Mais voici où commence la difficulté. Supposons qu'on ait fait

un emprunt à la grosse sur une chose dont la valeur dépasse, de beaucoup peut-être, la somme prêtée et que l'on n'ait fait aucune restriction, qu'on se soit borné à dire qu'on empruntait sur la chose sans limiter l'affectation à telle ou telle partie de cette chose. Doit-on, dans ce cas, être réputé n'avoir voulu affecter la chose qu'en proportion de la somme prêtée, c'est-à-dire pour la moitié ou les deux tiers, si cette moitié ou les deux tiers équivalent à la somme prêtée? — En d'autres termes, l'affectation au prêt n'est-elle en principe, et sauf convention contraire, que proportionnelle ?

En matière d'assurance, les objets assurés ne sont affectés à l'assurance que proportionnellement à ce qu'est la somme assurée par rapport à la valeur totale de la chose. Ainsi l'on a assuré 10,000 francs sur un chargement qui en vaut 20,000; on dira: L'assurance ne s'appliquait qu'à la moitié de la chose; l'autre moitié était aux risques du chargeur qui restait son propre assureur pour cette moitié. En cas de naufrage, les effets sauvés ne devront donc être délaissés que pour moitié à l'assureur, et, pour l'autre moitié, ils resteront au chargeur. Appliquera-t-on les mêmes principes au cas où, au lieu d'une assurance, il s'agirait d'un prêt à la grosse ; Dira-t-on : Le prêt n'affectait que la moitié du chargement, l'autre moitié restait aux risques de l'emprunteur? Le chargement ayant péri, la perte a été pour le compte commun du prêteur et de l'emprunteur, intéressés tous deux dans le chargement pour moitié; ce qui en a été sauvé doit donc se partager aussi par moitié entre eux?

II. Voilà l'idée que Valin avait exposée dans son commentaire de l'ordonnance.

Pothier la repoussa : il refusa à l'emprunteur le droit de concourir avec le prêteur sur les effets sauvés, en faisant remarquer que les principes du contrat d'assurance étaient inapplicables à ce cas[1]. Pothier était dans le vrai. Lorsque je fais assurer 10,000 francs sur un chargement qui en vaut 20,000, il est bien clair que le chargement n'est assuré que pour moitié; et comme on n'est tenu de délaisser que ce qui est assuré, le délaissement des effets sauvés ne devra évidemment se faire que dans la proportion pour laquelle ils étaient assurés, c'est-

[1] Pothier, *Contrat à la grosse*, n° 49.

à-dire pour moitié. Mais lorsque sur un chargement de 20,000 fr. on emprunte à la grosse une somme de 10,000 fr., rien n'empêche d'affecter à ce prêt de 10,000 francs seulement le total du chargement de 20,000 francs.

Émérigon écrivant après Pothier, se prononça également contre le concours du prêteur et de l'emprunteur sur les effets sauvés. Il se fondait sur l'idée qu'un débiteur ne peut pas concourir avec son créancier[1]. On peut s'étonner de trouver cet argument dans la bouche d'Émérigon, qui, comme on le verra plus bas, soutient qu'en cas de naufrage l'obligation personnelle de l'emprunteur est éteinte, et qu'il ne reste plus au prêteur qu'une action réelle sur les effets sauvés. Si l'action personnelle est éteinte, comment peut-il être question d'un concours entre créancier et débiteur? Mais sans nous arrêter à cette idée de l'extinction de l'action personnelle, idée que je combattrai plus loin, remarquons que l'obligation personnelle de l'emprunteur n'est pas une raison suffisante pour qu'on lui refuse le droit de concourir avec le prêteur. Sans doute le débiteur ne peut nuire aux droits légitimes du créancier. Mais, pouvait-on répondre à Émérigon, il s'agit précisément ici de savoir quels sont les droits du créancier, du prêteur? Il est bien certain, comme le reconnaît Pothier, que si par une convention spéciale le droit du prêteur avait été limité à une quotité de la chose, au tiers ou au quart, il n'aurait pu réclamer que le tiers ou le quart des effets sauvés; le reste serait revenu à l'emprunteur. Eh bien! dira-t-on dans le système de Valin, une pareille convention doit être toujours sous-entendue de droit. Les parties doivent être réputées n'avoir voulu affecter la chose que pour une quotité en proportion avec la somme prêtée, c'est-à-dire pour la moitié, le tiers ou le quart, suivant que la somme prêtée représente la moitié, le tiers ou le quart de la valeur de la chose.

L'objection opposée à Valin par Émérigon ne valait donc rien. La raison donnée par Pothier était meilleure. Pourquoi supposer que les parties n'ont entendu faire qu'une affectation partielle lorsqu'elles ne l'ont pas dit ? Affecter une chose sans dire qu'on ne l'affecte que pour partie, n'est-ce pas manifester l'intention de l'affecter en entier?

[1] Émérigon, *Contrat à la grosse*, ch. 11, sect. 2.

La doctrine de Pothier et d'Émérigon prévalut et elle était communément admise lors de la rédaction du Code.

III. Le Code a-t-il rompu avec cette doctrine pour revenir à l'idée de Valin?

Il est difficile de le croire en présence des articles 315 et 320. L'article 315, où se trouvent énumérés les objets sur lesquels peut être affecté un prêt à la grosse, dit en terminant qu'il peut l'être sur *une partie déterminée de chacun de ces objets;* et l'article 320, expliquant cette disposition, dit qu'alors le privilége a lieu *dans la proportion de la quotité affectée à l'emprunt.* Dire qu'on pourra n'affecter à l'emprunt qu'une partie, une quotité de la chose, n'est-ce pas clairement indiquer qu'en principe, et à défaut de convention, l'affectation portera sur la chose entière? Si de plein droit l'affectation n'était que proportionnelle, à quoi bon dire qu'elle pourra l'être? Les auteurs qui ont repris sous le Code la doctrine de Valin, sont obligés de déclarer inutiles et vicieuses les dispositions des articles 315 et 320 que je viens de relever [1].

Mais ce ne sont pas seulement ces articles qui repoussent le système de l'affectation proportionnelle. On peut encore, à mon avis, le combattre par le rapprochement des articles 311 et 332. L'application du système de Valin suppose évidemment connues, d'une part, la somme prêtée, et, d'autre part, la valeur de la chose sur laquelle le prêt a été fait; car autrement on ne saurait déterminer la mesure dans laquelle la chose se trouve affectée. Si donc la loi eût entendu consacrer ce système, elle aurait exigé dans l'acte d'emprunt, à côté de la somme prêtée, l'estimation de la chose affectée au prêt. C'est ainsi qu'en matière d'assurance où la situation de l'assureur est réglée d'après la proportion de la somme assurée avec la valeur de l'objet de l'assurance, l'article 332 exige que la police indique, non-seulement la *somme assurée,* mais encore la *valeur de la chose assurée.* Si, en matière de prêt à la grosse, il y avait eu lieu d'établir une proportion comme en matière d'assurance, l'article 311, en énumérant les mentions que doit contenir l'acte de prêt, y aurait nécessairement compris l'indication des deux termes de cette proportion. Or, au contraire,

[1] Frémery, *Études de droit commercial,* p. 258. — Alauzet, *Comm. du C. de comm. sur l'art.* 331.

l'article 311 n'exige, à côté de l'indication de la somme prêtée, que la désignation des objets sur lesquels le prêt est affecté, sans l'indication de leur valeur.

Ces considérations suggèrent la pensée que le Code, consacrant la doctrine de Pothier et d'Émérigon, s'est prononcé contre le système de l'affectation proportionnelle, contre le concours du prêteur et de l'emprunteur sur les effets sauvés. Telle est aussi l'opinion communément admise [1].

La doctrine de Valin compte cependant encore, de nos jours, des défenseurs [2].

Il ne faut pas s'en étonner, car si les articles que j'ai cités paraissent repousser le système de Valin, on en trouve d'autres qui, au premier abord, semblent supposer chez l'emprunteur le droit de concourir avec le prêteur sur les effets sauvés : ce sont les articles 191 et 331 où l'on voit admis à concourir avec le prêteur certains ayants-cause de l'emprunteur.

IV. Il résulte de l'article 191, qui règle les priviléges sur navires, que toutes les sommes prêtées à la grosse sur le navire avant le départ viennent au même rang. C'est aussi ce que décidait l'ordonnance [3]. Ainsi, avant le départ, sur un chargement de 20,000 francs, on a fait successivement deux emprunts de 10,000 francs chacun : s'il y a eu naufrage, et qu'on ne sauve que 10,000 francs, chacun des deux prêteurs en prendra la moitié. Cette décision se comprend sans peine dans le système de l'affectation proportionnelle. Le premier prêt n'affectait la chose que pour moitié, il est donc juste qu'il ne donne droit qu'à la moitié des effets sauvés. Mais comment expliquer cette décision dans le système de l'affectation totale? Si, comme il a été dit, le premier prêt, quoique d'une somme de 10,000 francs seulement, affectait en entier le chargement de 20,000 francs, comment ce chargement a-t-il pu être affecté à un second prêt au préjudice du premier? Si, par suite de l'affectation totale, l'emprunteur s'était lui-même privé du droit

[1] *Sic.* Pardessus, n° 924. — Boulay-Paty, III, p. 185. — Devilleneuve et Massé, *Dict. comm.*, v° *Contrat à la grosse*, n° 56. — Dageville, II, n° 548. — Dall., *Rép.*, v° *Droit maritime*, n° 1406. — Bressolles, *Rev. de législat.*, t. XIII, p. 369. — Bédarride, *Comm. du liv. II du Code de comm.*, n° 999.

[2] V. Frémery et Alauzet, cités *suprà*. V. aussi dans la *Rev. de législ.*, 1853, I, p. 95, un article approfondi de M. Cauvet, avocat à Narbonne.

[3] Ordonnance de 1681, liv. I, tit. 14, art. 16.

de concourir avec le prêteur sur les effets sauvés, comment a-t-il pu conférer ce droit de concours à un second prêteur?

L'argument est pressant; mais n'est-il pas plus spécieux que décisif? On s'étonne de voir l'emprunteur conférer à un second prêteur un droit qu'il n'avait pas lui-même. Un peu de réflexion fera reconnaître que cela n'a rien d'extraordinaire. N'est-ce pas ce que fait chaque jour un débiteur en contractant de nouvelles dettes? Ne confère-t-il pas à ses nouveaux créanciers le droit qu'il n'avait pas lui-même de concourir avec les anciens? Une seule chose fait obstacle à l'établissement de droits nouveaux au préjudice d'un créancier antérieur : c'est l'existence d'un droit de gage ou d'hypothèque acquis à ce créancier. Toute la question est donc de savoir si le droit du prêteur à la grosse, sur les effets affectés au prêt, a ce caractère.

Dans la pratique primitive du contrat, à Athènes, la chose affectée au prêt devenait le gage du prêteur [1]. On peut supposer qu'il en fut de même à Rome. Le statut de Marseille de 1254 parle également du gage donné sur les navires, *de pignore dato in navibus pro aliqua pecunia* [2]. Mais la coutume commerciale a pris, il y a longtemps, une direction différente. Le prêteur cessa d'acquérir sur la chose un droit réel à l'abri de toute atteinte; l'emprunteur put faire de nouveaux emprunts, et les nouveaux prêteurs obtinrent des droits égaux à ceux du premier. Cette coutume est attestée dans la Méditerranée par l'article 2 de l'ordonnance des conseillers de Barcelone [3] et dans les ports de la Baltique par les auteurs du XVIe et du XVIIe siècle [4]. Elle devait être consacrée par l'ordonnance et plus tard par notre Code (art. 191, *in fine*). Les articles où il parle des objets *affectés au prêt* ne doivent donc pas suggérer l'idée d'une affectation analogue à celle qui résulte du gage ou de l'hypothèque : les objets sont affectés au prêt en ce sens que

[1] Pardessus, *Collect. des lois marit.*, I, p. 46.

[2] Liv. III, ch. 5.

[3] « Tot cambis a riscle de navilis..... encaro que hage differentia de « temps..... hagen esser..... pagats desdits navilis..... egualment comptant e « compartint a son et a liura sens prioritat de temps ne milloria de dret. »

[4] *Vinnius in Peckium ad L.* 1, § 7, *De exercit. act.*, not. *a* : « Si « diversi creditores pecuniam nauticam dederint..... mercatori sub obliga- « tione mercium quibus navem oneravit, inter eos nullum jus est prælatio- « nis, sed omnes pares habentur et simul concurrunt : ita Amstelodami in « camera fœnoris nautici servatur. »

le sort du prêt est lié au sort de ces objets, et en ce sens encore que le prêteur acquiert sur eux un privilége. On trouve, il est vrai, dans quelques législations étrangères la trace des anciennes idées sur le caractère du droit conféré au prêteur. Ainsi le Code prussien (art. 2402, 2403) parle d'un droit *de gage*. Le nouveau projet de Code de commerce allemand emploie une expression semblable, *Verpfandung* (art. 680). Le Code portugais, art. 1621, se sert du mot *hypothèque*. Mais dans notre Code rien de pareil : l'affectation des objets sur lesquels le prêt a été fait n'y est nulle part qualifiée autrement que par le mot *privilége*. L'article 320 dit formellement qu'ils sont *affectés par privilége*. Voilà le caractère du droit bien déterminé : ce n'est point un droit de gage ou d'hypothèque, mais un privilége, droit qui a une autre nature et d'autres suites.

Il n'en est pas en effet du privilége comme de l'hypothèque, laquelle fait obstacle à l'établissement postérieur d'un droit nouveau qui nuirait au premier : *prior tempore, prior jure*. Au contraire, quand il s'agit de priviléges, les créanciers privilégiés de même ordre sont payés concurremment (C. Nap., art. 2096, 2097). On ne tient pas compte de l'antériorité de date. C'est une conséquence de la nature des priviléges, droit de préférence fondé sur la qualité de la créance (C. Nap., art. 2093). *Privilegia æstimantur non ex tempore sed ex causâ.*

On voit que l'article 191 du Code de commerce ne fournit aucun argument sérieux pour admettre l'emprunteur à concourir sur les effets sauvés.

V. Mais on a cru en trouver un autre dans l'article 331 du Code de commerce. Les partisans de la doctrine de Valin ont particulièrement insisté sur cet article. Il faut donc l'examiner à fond en remontant d'abord à ses antécédents.

L'article 331 correspond à l'article 18, liv. III, tit. V de l'ordonnance, lequel était ainsi conçu : « S'il y a contrats à la « grosse et assurances sur un même chargement, le donneur sera « préféré aux assureurs sur les effets sauvés du naufrage. » La portée de cette disposition était facile à comprendre. Pour rentrer dans l'exemple donné plus haut, supposons toujours un chargement de 20,000 francs, sur lequel on a emprunté 10,000 fr, et fait assurer dix autres mille francs. Il y a naufrage, et on a sauvé 10,000 fr. Ces 10,000 fr. d'après l'article 18, devaient appartenir en entier au prêteur à la grosse.

Cette décision scandalisait Valin. Partant de son idée que la chose sur laquelle est fait un prêt n'est affectée au prêteur que pour moitié si la somme prêtée ne représente que la moitié de la valeur, il raisonnait ainsi : Le chargement a été aux risques du prêteur pour moitié de la valeur, et pour l'autre moitié aux risques de l'assureur; ce qui a péri a donc péri dans une proportion égale pour le compte de chacun : ce qui reste doit pareillement se partager entre eux. Valin ne voyait d'autre moyen de justifier l'article 18 que d'imaginer qu'il avait été fait pour une hypothèse particulière qu'il construisait laborieusement [1].

Pothier, n° 49, fit remarquer avec raison qu'une pareille interprétation ne pouvait se soutenir, et qu'il était contre toutes les règles de l'interprétation de restreindre à un cas particulier une disposition conçue en termes aussi généraux que l'était l'article 18. Cherchant ensuite la raison de cet article, il l'expliquait ainsi : Si Jacques, après avoir emprunté à la grosse sur un chargement de valeur double, a fait ensuite assurer l'excédant, il est juste que le prêteur soit préféré à l'assureur, car celui-ci n'a pu acquérir de droits sur le chargement qu'à la condition de respecter l'affectation totale qui en avait été faite antérieurement au prêteur.

On hésite quand il s'agit d'accuser Pothier d'avoir fait un mauvais raisonnement; mais il faut reconnaître qu'il ne peut être absous de ce reproche. Effectivement, 1° l'article 18 de

[1] V. Valin sur l'article 18 (liv. III, tit. 1er) de l'ordonnance. Il aurait voulu restreindre l'article à l'espèce que voici : « Le prêteur à la grosse n'a chargé « que les effets achetés des deniers par lui empruntés à cette fin. Dans la « suite il a appris que ces marchandises ont été vendues au lieu de leur « destination un prix si avantageux qu'elles ont donné un profit considé- « rable. Sur les effets chargés en retour, et dont la valeur excède la somme « prise à la grosse, il juge à propos de faire assurer jusqu'à concurrence de « cet excédant : cette assurance est licite, comme n'ayant rien de contraire « aux défenses portées par l'article 16 du titre suivant. — Ceci présupposé, « le navire fait naufrage au retour, et il se trouve que les marchandises « sauvées sont avariées, de manière qu'il n'y a pas de quoi remplir le prêt « à la grosse et l'assurance. Dans cette hypothèse, à la bonne heure, qu'aux « termes de notre article le donneur à la grosse doive être préféré à l'assu- « reur sur le prix des effets sauvés : et la raison en est plausible, puisque « tous ces effets proviennent directement de la somme par lui prêtée à la « grosse, au moyen de quoi nul n'en peut profiter à son préjudice : encore « cela ne serait-il pas sans question, à part la disposition de notre article. »

l'ordonnance ne se rapportait pas seulement au cas d'un prêt fait d'abord, d'une assurance faite ensuite. Par la généralité de ses termes, il embrassait aussi bien l'hypothèse contraire. Or, supposez l'assurance antérieure au prêt : la raison donnée par Pothier s'évanouissait, et cependant le prêteur était encore dans ce cas préféré, sur les objets sauvés, à l'assureur. 2° Allons plus loin, et plaçons nous dans l'hypothèse même de Pothier. Était-il vrai de dire que l'affectation totale consentie d'abord à un prêteur avait fait obstacle à ce qu'un droit rival pût être ultérieurement conféré à un assureur? Non, car on a vu que si Jacques, au lieu de faire assurer son excédant, l'eût affecté à un nouvel emprunt à la grosse, les deux prêteurs seraient venus au marc le franc, sans que le premier fût recevable à dire que la seconde affectation n'avait pu avoir lieu qu'à la condition de respecter son droit antérieur. Pourquoi donc, alors qu'un second prêteur pouvait concourir avec le premier, un assureur n'avait-il pas le même droit? Et surtout pourquoi le prêteur était-il toujours préféré à l'assureur, même dans le cas où le prêt aurait été postérieur à l'assurance?

Émérigon ayant soumis cette difficulté à l'amirauté de Marseille, l'avis unanime fut « que l'article 18 avait pour fondement « unique la faveur du commerce : que c'est l'argent donné à « la grosse qui procure les armements et les chargements; que « c'est la raison pour laquelle on a donné à de pareils contrats « un si grand privilége.[1] » Émérigon voyait, en conséquence, dans la préférence accordée au prêteur un principe *de droit arbitraire* qui n'était *point lié avec les principes fondamentaux de la matière*[2].

Les rédacteurs du Code eurent à se demander s'il convenait de maintenir ce principe de droit arbitraire. On reconnut que la faveur accordée au prêt à la grosse aux dépens de l'assurance n'avait plus de raison d'être. La face des choses avait bien changé depuis l'ordonnance. « Il est aujourd'hui reconnu, « disait le tribunal du Havre[3], que le contrat à la grosse, « quelquefois utile, est le plus souvent ruineux et funeste au « commerce, tandis que le contrat d'assurance est de tous les

[1] V. la lettre d'Émérigon, citée par Valin, *Comm. de l'article* 18 *du liv. III*, tit. 5.

[2] *Traité des ass.*, ch. 17, sect. 12, t. II, p. 269.

[3] *Observ. des trib.*, t. II, p. 459.

« contrats maritimes, le plus utile, le plus nécessaire même à « la prospérité, à l'extension de la navigation, qui, sans ce « contrat, serait nécessairement restreinte dans les bornes les « plus étroites. » — « La preuve en est dans ce fait, disait la « Cour de cassation. Il y a cent millions d'assurances pour cinq « cents mille francs qui sont prêtés à la grosse [1]. » — Il résultait de ces appréciations que si l'on eût maintenu le système de l'ordonnance « le contrat le plus favorable, le plus digne d'en- « couragement se serait trouvé sacrifié à celui qui l'était le « moins [2]. » Les auteurs du Code pensèrent en conséquence « que le système des assurances s'étant consolidé depuis l'or- « donnance, les rapports avaient entièrement changé [3]. »

Ces considérations justifiaient l'abolition de la faveur exorbitante accordée par l'ordonnance au prêteur à la grosse au préjudice de l'assureur. L'article 331 disposa donc que « s'il y « a contrat à la grosse et assurance sur le même chargement, « le produit des effets sauvés du naufrage est partagé entre le « prêteur à la grosse et l'assureur... au marc le franc de leur « intérêt respectif... [4] »

L'article 331, on le voit, ne distingue pas plus que ne le faisait l'ordonnance, si le prêt a eu lieu avant l'assurance ou l'assurance avant le prêt. Lorsque l'assurance a eu lieu d'abord, le concours consacré par l'article 331 se conçoit sans peine. Il résulte, en effet, des règles du contrat d'assurance que les objets assurés n'ont été affectés à l'assureur que proportionnellement à ce qu'était la somme assurée par rapport à la valeur totale, l'assuré étant considéré comme son propre assureur pour son découvert. Il est tout simple que l'assuré ait pu affecter ce découvert à un prêteur, comme il aurait pu l'affecter à un second assureur. Lorsqu'au contraire le prêt a précédé l'assurance, un doute vient à l'esprit, c'est celui que j'ai déjà indiqué plus haut en signalant la disposition de l'article 191 : si le prêt, quoique d'une somme inférieure à la valeur de la

[1] *Observ. des trib.*, t. I, p. 21.

[2] *Id.*, t. II, p. 460.

[3] Exposé des motifs par M. Corvetto.

[4] Je ne relève dans l'article 331 que ce qui a trait aux difficultés que j'agite en ce moment. Cet article a d'autres parties qui soulèvent d'autres questions d'une moindre importance. Je les examinerai plus tard. Le sujet est déjà assez compliqué sans le surcharger encore de ces incidents.

chose, l'a affectée en entier, de telle sorte que l'emprunteur n'aurait pas le droit de concourir sur les effets sauvés, comment l'assureur ayant cause de l'emprunteur peut-il avoir ce droit?

Des auteurs n'ont cru pouvoir expliquer cette disposition que par une *faveur spéciale* accordée au contrat d'assurance [1]. Ainsi le Code n'aurait aboli le droit arbitraire de l'ordonnance que pour le remplacer par un droit arbitraire en sens opposé! Cette idée ne peut se soutenir, puisque le droit accordé par l'article 331 à un assureur appartiendrait aussi bien, comme on l'a vu, à un second prêteur.

Mais n'a-t-il pas été fait, sous quelque autre rapport, une faveur à l'assurance par l'article 331? Des créanciers ordinaires de l'emprunteur ne pourraient pas concourir avec le prêteur, créancier privilégié. Ce droit de concours a au contraire été reconnu à l'assureur. L'article 331 semble l'avoir fait ainsi sortir de la classe commune des créanciers, et avoir fait de lui un créancier privilégié [2]. — Il n'y a là qu'une fausse apparence qu'un peu de réflexion fait évanouir. L'assuré, au cas de sinistre majeur, a l'option entre deux partis à prendre : il peut demander à être indemnisé du sinistre en le considérant comme avarie, ou bien réclamer la somme assurée en faisant le délaissement, ce qui est pour lui une pure faculté. S'il prend le premier parti, l'assureur aura à payer l'avarie sans avoir pour cela rien à prétendre sur les effets assurés. L'article 331 qui règle son droit sur les effets naufragés, en suppose donc le délaissement. Or quel est le droit qu'un délaissement confère à l'assureur? Est-ce le droit de se rembourser autant qu'il le pourra, comme créancier, sur les effets délaissés? Non, le délaissement lui en transporte la propriété (art. 385). Il n'a donc point à subir le concours d'autres créanciers, à moins qu'il ne s'agisse de créanciers ayant sur les effets un droit qui les suit après le délaissement aux mains de l'assureur. L'article 331

[1] Bédarride, *Comm. du liv. II du C. de comm.*, n° 999. « Le Code de com- « merce a introduit un droit nouveau, mais il ne l'a fait qu'à titre d'ex- « ception et par faveur spéciale pour les assureurs. »

[2] L'article 191, n° 10, accorde à l'assureur un privilége inférieur d'un rang à celui du prêteur à la grosse. Il s'agit de l'assureur réclamant sa prime non payée sur le prix du navire arrivé et mis en vente. L'article 331 se rapporte à un tout autre cas.

reconnaît au prêteur un droit de ce genre, mais il en réduit l'effet à un partage proportionnel des effets sauvés entre le prêteur et l'assureur. Voilà, si je ne me trompe, en quel sens il y a dans l'article 331 une faveur faite à l'assurance[1].

Je demande pardon au lecteur des longs développements dans lesquels je viens d'entrer sur l'article 331. Il était nécessaire de mettre en lumière des choses qui sont restées jusqu'ici enveloppées de beaucoup de nuages.

On peut maintenant apprécier à sa valeur l'argument qu'on a cru trouver dans l'article 331 pour ressusciter le système de Valin sur l'affectation proportionnelle, et pour soutenir que le Code de commerce y avait fait retour. Valin, a-t-on dit, attaquait l'article 18 de l'ordonnance en partant de l'idée que l'affectation était proportionnelle. Il concluait de là que l'emprunteur aurait pu concourir sur les effets sauvés dans la proportion de l'excédant. Pourquoi, continuait-il, avoir refusé ce droit à l'assureur qui le représente? Le Code a reconnu à l'assureur le droit que Valin réclamait pour lui. N'a-t-il pas ainsi donné raison à Valin et consacré son idée sur la proportionnalité de l'affectation? On croit trouver dans l'article 331 la consécration de cette idée, et l'on en conclut que l'emprunteur aura le droit de concourir sur les effets sauvés, lorsqu'au lieu de faire assurer le découvert il l'aura conservé à ses risques. Autrement, ajoute-t-on, le droit de concours sur les effets sauvés, reconnu à l'assureur par l'article 331, ne pourrait se concevoir; car si l'emprunteur n'avait pas ce droit, comment aurait-il pu le conférer à son assureur?

Cette argumentation n'a pas convaincu en général. On a reconnu communément que les articles 315 et 320 excluent la portée restreinte qu'on veut donner à l'affectation faite sans expression de part. On a donc interprété l'article 327 en ce

[1] Le droit de suite reconnu par l'article 331 au prêteur sur les effets délaissés n'a rien de contraire aux idées que j'ai exposées plus haut sur le caractère de l'affectation dans le prêt à la grosse. On n'en peut conclure que l'affectation ait le caractère d'une hypothèque faisant obstacle à l'établissement ultérieur d'un droit rival. Ce qui a lieu ici est ce qui a lieu en général pour les priviléges. Ils confèrent un droit de suite sur les choses qui en sont susceptibles (C. Nap., art. 2113-2166); tels sont jusqu'à un certain point les navires (C. de com., art. 193). Et cependant les priviléges ne confèrent point de préférence à raison de la priorité de date sur d'autres créanciers de même qualité (C. Nap., art. 2097).

sens que le prêteur a droit de se faire attribuer l'entier produit du sauvetage, sans que l'emprunteur puisse y rien prétendre, alors même que la somme prêtée aurait été beaucoup inférieure à la valeur de la chose affectée au prêt. Mais il restait à concilier l'article 331 avec ce système, et c'est à quoi on n'a pas encore réussi. Pourquoi? C'est, ce me semble, parce qu'on n'est pas entré dans le vif de la question. La solution de cette difficulté qui a tant embarrassé se trouve, à mon avis, dans le vrai caractère de l'affectation des choses sur lesquelles est fait un prêt à la grosse. C'est pour cela que je me suis attaché à reconnaître et à mettre en lumière le vrai caractère de cette affectation, et à montrer qu'elle n'a rien d'analogue à un droit de gage ou d'hypothèque. Tout le reste s'ensuit. A la lumière de cette idée on s'explique aisément ce qui semble contradictoire, c'est-à-dire comment l'emprunteur ne peut concourir avec le prêteur, et comment néanmoins ce droit de concours qu'il n'a pas peut appartenir à ses ayants cause, à un second prêteur, à un assureur.

VI. Cette situation si différente faite d'une part à l'emprunteur, et d'autre part à ses ayants cause, fait naître dans mon esprit des questions qui n'ont point encore été traitées, ni même posées, que je sache.

Postérieurement à un prêt de 10,000 francs sur un chargement de 20,000 francs, l'emprunteur a fait assurer sur le même chargement 10,000 francs. En cas de naufrage, l'assureur, d'après l'article 331, aura droit à la moitié des effets sauvés. Le prêteur se retourne alors vers l'emprunteur, et lui dit : La part que m'enlève l'assureur m'avait été affectée par vous comme le reste; vous n'auriez pu me la disputer; puisque c'est par votre fait que j'en suis privé, vous devez m'en indemniser.

Ce langage ne sera-t-il pas fondé? Je n'aperçois pas ce que l'emprunteur pourrait y répondre. Il a reçu ou va recevoir de son assureur les 10,000 francs assurés. Même en tenant compte au prêteur de ce que l'assureur lui enlève, l'emprunteur profitera certainement de l'assurance qu'il a stipulée. Il n'y a rien à dire si le bénéfice tiré de l'assurance ne se fait point aux dépens du prêteur. Mais serait-il juste que l'emprunteur profitât, au détriment du prêteur, de l'atteinte qu'il a portée à l'affectation totale qu'il avait consentie?

J'ai supposé l'assurance postérieure au prêt. Si elle avait été

antérieure, il y aurait à faire une distinction. L'emprunteur a-t-il fait connaître l'assurance au prêteur, celui-ci ne pourra alors se plaindre d'un concours dont l'éventualité lui a été signalée. Mais dans le cas contraire, tenu dans l'ignorance de l'assurance qui avait eu lieu, il a été autorisé à regarder la valeur entière du chargement comme devant répondre de son prêt.

Les mêmes questions se présentent dans le cas de plusieurs prêts à la grosse faits successivement avant le voyage sur un même navire ou un même chargement. Elles doivent être résolues par les mêmes idées.

VII. Le système de l'affectation proportionnelle qui donne à l'emprunteur le même droit de concours qu'à un assureur, à un second prêteur, semblerait avoir le mérite de couper court à ces difficultés. Mais c'est une fausse apparence. Il ne les écarte pas, il ne fait que les reculer. Et en effet, admettons un moment par hypothèse que l'affectation doive être réputée proportionnelle à la somme prêtée, cette interprétation du contrat sera subordonnée à une intention contraire formellement exprimée. Eh bien! supposez un prêt affecté sur un chargement de valeur supérieure avec clause expresse d'affectation totale, les questions embarrassantes qu'on croyait écartées reparaîtront.

La source n'en serait tarie que si l'on en venait à déclarer illicite l'affectation d'une valeur supérieure à la somme prêtée. C'est aussi ce que soutient M. Alauzet [1]. Ce qui l'a frappé, ce n'est pas la considération des questions que je viens d'agiter : il ne paraît pas y avoir songé. C'est qu'une telle stipulation aurait souvent pour effet de décharger le prêteur de toute perte, même en cas de naufrage. Je reconnais qu'il est de l'essence du prêt à la grosse qu'il y ait des risques et des risques sérieux à la charge du prêteur. Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si l'on n'a pas donné à un prêt usuraire le faux air d'un prêt à la grosse. Mais on ne saurait aller plus loin. « L'ordonnance, disait Pothier n° 49, ne permet pas de faire le prêt à la grosse sur des effets qui seraient de moindre valeur que la somme prêtée, mais elle ne défend pas *vice versâ* de le faire sur des effets qui soient de plus grande valeur. » L'article 316 du Code de commerce a reproduit l'in-

[1] *Comm. du C. de comm.*, n° 1357.

terdiction de prêter au delà de la valeur de la chose affectée : il le fallait pour que l'emprunteur ne pût avoir intérêt à la perte de la chose. Mais le Code a-t-il aboli la faculté toujours admise d'affecter au prêt une chose de valeur supérieure? Si les rédacteurs du Code avaient entendu modifier aussi profondément les principes, ils s'en seraient clairement expliqués. Un tel changement ne saurait se supposer : il doit être prouvé. M. Alauzet n'en peut indiquer d'autre preuve que l'article 331. Les explications dans lesquelles je suis entré relativement à cet article me dispensent de discuter la conséquence vraiment inattendue que M. Alauzet voudrait en faire sortir.

VIII. Il faut donc, à n'en pas douter, partir de l'idée qu'on peut, aujourd'hui comme avant le Code, affecter à un prêt à la grosse une chose de valeur supérieure, et l'y affecter pour le total de cette valeur.

Cela étant, à quoi se réduit en définitive la question de savoir si l'affectation a été proportionnelle ou totale? à une question d'interprétation.

La question ainsi posée est presque résolue. En affectant une chose au prêt sans dire qu'on ne l'affectait que pour partie, n'a-t-on pas suffisamment manifesté l'intention de l'affecter pour le tout? L. M. DE VALROGER.

(*La suite prochainement.*)

DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE CHEZ LES ROMAINS.

Par Lévy-Maria Jordao,
avocat général à la Cour de cassation de Portugal,
membre de l'Académie royale des sciences de Lisbonne.

Traduit du portugais
par L. Bonneville de Marsangy, avocat à la Cour de Paris.

I.

Nous ne trouvons dans les législations antiques aucun système de protection organisé, pour assurer aux écrivains la

jouissance exclusive des produits de leur intelligence. La littérature de ces temps fournit à peine sur ce point quelques insuffisantes données, et ce n'est qu'à force de patientes investigations et au moyen de fragments laborieusement extraits des auteurs latins que nous parvenons à entrevoir les usages consacrés par les idées romaines.

Ignorant l'art merveilleux de reproduire indéfiniment la même œuvre à l'aide d'un travail unique de composition, les anciens ne pouvaient guère comprendre les bienfaits et les avantages matériels qui devaient résulter de cette reproduction. Les procédés de publication étaient alors si lents et si coûteux, que les auteurs ne pensèrent pas à se réserver le droit exclusif de reproduire et de vendre leurs œuvres. L'intérêt moral était en quelque sorte leur unique mobile. L'écrivain aspirait avant tout à la considération de ses concitoyens, à l'amitié et à la protection des grands, à la gloire enfin que devaient principalement envier les poëtes, les orateurs et les philosophes, à une époque où la vie s'écoulait dans le forum, et où le peuple entier décernait le triomphe et consacrait l'immortalité du génie[1]. C'est cette tendance qu'avec l'extrême élégance de son style, le chantre des amours, Properce, nous révèle dans une de ses élégies[2].

Mollia, Pegasides, vestro date serta poetæ.
  Non faciet capiti dura corona meo,
At mihi quod vivo detraxerit invida turba,
  Post obitum duplici fœnore reddet Honos.
Omnia post obitum fingit majora vetustas
  Majus ab exsequiis nomen in ora venit.
. . . . . .
Nec non ille tui casus memoratur Homerus
  Posteritate suum crescere sensit opus
Meque inter seros laudabit Roma nepotes :
  Illum post cineres auguror ipse diem
Ne mea contemto lapis indicet ossa sepulchro
  Provisum est, Lycio vota probante deo.

Les auteurs ne tiraient pas en général un grand lucre pécuniaire de leurs travaux ; et, la plupart du temps, ils s'estimaient

[1] « Veteres oratores famam in posteros, præmia eloquentiæ cogitavere pulcherrima. » (Tacit., *Annal.*, XI, 6.)
[2] III, 1.

heureux lorsqu'un libraire consentait à faire copier leurs écrits, à les vendre et à contribuer ainsi, comme les éditeurs modernes, à établir la réputation d'écrivains jusqu'alors inconnus dans le monde littéraire. Bien loin d'exiger une rétribution, ils payaient volontiers ce service ; et d'ailleurs eussent-ils fait faire, à leurs propres frais, les copies de leurs ouvrages, ils n'auraient pu les vendre, n'ayant aucune des relations commerciales qu'entretenaient les libraires dans le pays et dans ses colonies.

Horace s'est plu à nous décrire la position réciproque de l'auteur et du libraire ; à l'un le nom et la célébrité, à l'autre les bénéfices pécuniaires [1].

> Hic meret *æra* liber Sosiis, hic et mare transit
> Et longum *noto* scriptori prorogat ævum.

Tacite est encore plus explicite, en parlant des poëtes, dans le *Dialogue des orateurs :* « Les vers ne donnent pas la fortune, dit-il, leurs fruits se réduisent à un court plaisir, à des louanges frivoles et stériles, et la renommée à laquelle les poëtes se sacrifient et qu'ils avouent être l'unique prix de leurs écrits, est encore inférieure à celle des orateurs : « Carmina et versus... neque dignitatem ullam auctoribus suis conciliant, neque utilitates alunt : voluptatem autem brevem, laudem inanem, et infructuosam consequuntur... omnis illa laus... ad nullam certam et solidam pervenit frugem... Ne opinio quidem et fama, cui soli serviunt et quod unum esse pretium omnis sui laboris fatentur, æque poetas quam oratores sequitur [2]. »

Ovide rappelant dans ses *Tristes* la tendance qu'il avait de si bonne heure manifestée pour les Muses, avoue que plus d'une fois son père s'était efforcé de l'éloigner de l'ingrate étude de la poésie, dans laquelle Homère était mort pauvre :

> ... At mihi jam cœlestia sacra placebant.
> . . . . . .
> Sæpe pater dixit : Studium quid inutile tentas?
> Mœnides nullas ipse reliquit opes [3].

[1] *De arte poeticâ*, v. 343.
[2] Dialog., *De orator.*, c. 9 et 10.
[3] Trist., VI, 10.

Et il ne dissimule pas qu'il avait été presque ébranlé par cette juste réflexion paternelle : *motus eram dictis.*

Martial, malgré toute sa popularité, vécut et mourut pauvre ; et il écrivait avec tristesse ou plutôt avec douleur : « Que m'im-« porte de savoir que nos soldats lisent mes vers dans les « plaines de la Dacie et que mes épigrammes sont chantées au « fond de la Bretagne, *si cela ne profite pas à ma bourse ?* »

« Quid prodest? nescit sacculus ista meus[1] !

Ne pouvant vivre de la seule espérance d'une gloire souvent due à l'influente protection du prince ou des grands personnages, dont ils étaient devenus les conseillers ou les amis, les gens de lettres furent contraints de chercher, sinon le prix de leurs travaux, du moins des avantages qui les compensassent ; et s'ils ne parvinrent pas toujours à acquérir de la fortune, ils furent largement indemnisés des bénéfices que leur eût assurés la reproduction industrielle de leurs œuvres. Ainsi Virgile put léguer à ses amis et même à Auguste des biens considérables, et Oppianus recevait deux myriades par vers pour son poëme de la *Pêche*, dédié à Caracalla[2] !

On conçoit dès lors l'importance que Térence devait attacher à l'amitié tutélaire de Scipion ; Valère Maxime à la bienveillance de Sextus Pompée, le favori de Tibère ; Phèdre, à l'affection de quelques affranchis de la cour de Claudius ; Pline le naturaliste à l'intimité de Titus Vespasien, et Properce à la protection de Mécène, qu'il a célébré dans une de ses élégies.

Cette dépendance fut parfois de telle nature que les libéralités des protecteurs ne s'achetaient qu'au prix des plus insignes bassesses, qu'au prix de l'abdication du caractère de l'homme de lettres, que la nécessité contraignait à aller ramper aux pieds des grands ! Ainsi Juvénal, républicain de conviction, encensa l'empereur qu'il détestait au fond du cœur ; ainsi Martial, Quintillien et Stace chantèrent à l'envi les vertus de Domitien, de sinistre mémoire !...

Ce servilisme, qui fut chez la plupart la déplorable conséquence de la nécessité, obscurcit quelque peu la splendeur

[1] Epigr. XI. 4.

[2] Ed. Calmels, *De la propriété littéraire et de la contrefaçon ;* Paris, 1856, p. 7 et suiv.

d'une littérature d'ailleurs brillante; ce qu'il y a de certain, c'est que les poëtes généreux étaient dans l'alternative ou de se ravaler jusqu'à l'adulation, ou de se faire *garçons de bain, crieurs publics, délateurs* et *faux témoins!* Nous n'exagérons rien, et nous chargeons moins le tableau que ne l'a fait le pinceau de Juvénal [1] :

> Et spes et ratio studiorum in Cæsare tantum :
> Solus enim tristes hac tempestate Camœnas
> Respexit, quum jam celebres notique poetæ
> Balneolum Gallis, Romæ conducere furnos
> Tentarent. . . . . .

Déplorable situation, à laquelle ne pouvaient échapper les plus grands génies, et qui, si elle ne parvenait pas à les avilir, leur enlevait toutefois cette noble attitude, cette généreuse franchise, à l'abri desquelles nos orateurs modernes trouvent la juste rémunération de leurs travaux. Les grands poëtes, les immortels écrivains de l'antiquité, nous pouvons le dire avec Lamartine, n'ont pas toujours donné à leur siècle et à la postérité l'exemple d'une complète indépendance; et autant leur génie s'était élevé, autant la fortune avilissait leur âme. Horace et Virgile, ces noms qu'on ne saurait ni amoindrir, ni rehausser comme poëtes, seraient certainement plus grands aux yeux de la philosophie, s'ils n'avaient pas été les courtisans de Mécène et les adulateurs de la cour d'Auguste [2].

Toutefois, la position précaire de la majeure partie des écrivains n'a pas fait obstacle au développement des lettres et à la reproduction des manuscrits; les créations de la pensée et du génie se répandirent autant que le permettaient les moyens de divulgation alors connus, et dans l'antiquité comme dans

[1] Satir. VII, 1 et suiv. — Le poëte Turnus va plus loin (13-18) lorsqu'il dépeint l'état de dégradation dans lequel étaient tombés les écrivains :

> Nec musas cecinisse pudet, nec nominis olim
> Virginei, famæque juvat meminisse prioris.
> Ah! pudor extinctus, doctæque infamia turbæ
> Sub titulo prostant; et quis genus ab Jove summo,
> Res hominum supra evectæ, et nullius egentes,
> *Asse merent vili, ac sancto se corpore fœdant!...*

[2] Réponse de M. de Lamartine à des toasts portés en son honneur dans le banquet que lui offrirent, le 30 janvier, les éditeurs de ses ouvrages.

les temps modernes, l'amour de la gloire n'a pas toujours été le mobile des auteurs et le but unique de leurs travaux; croire qu'après avoir consacré leurs efforts à la production d'une œuvre capable de satisfaire cette noble ambition, les écrivains soient restés insensibles aux bénéfices matériels qu'elle devait leur procurer, serait méconnaître le cœur humain. L'historien et le poëte, qui ne pouvaient comme Crassus, Atticus ou Cicéron, publier à leurs propres frais leurs écrits, savaient que le libraire (*bibliopola*) qu'ils chargeraient de cette publication, en tirerait, déduction faite des frais de copie, un certain lucre; comment supposer qu'ils n'aient pas cherché à y prendre part, en mettant un prix au manuscrit qu'ils lui cédaient?

Juvénal s'écriait que Stace fût mort de faim, s'il n'eût pas *vendu* sa tragédie *Agave*[1] :

> ... Sed cum fregit subsellia versu,
> Esurit, intactam Paridi nisi *vendat* Agaven :

Et il ajoutait qu'il ne voyait pas de mal à ce que le poëte *vécût* du théâtre :

> Haud tamen invideas vati, quem pulpita pascunt.

Térence écrivait aussi :

> Menandri Eunuchum postquam ediles *emerunt*.

Cette classe d'éditeurs, souvent ignorante, mais toujours intéressée et spéculatrice, comme dit Lucain[2], avait pour la reproduction des ouvrages les *scribæ*, *librarii* et *amanuenses*; les esclaves, les affranchis et les étrangers; spécialement les Grecs[3], qui lui coûtaient fort cher, car le prix de l'œuvre dépendant de la correction de la copie, la confection de cette copie n'était pas seulement une chose pénible, elle exigeait du copiste une certaine instruction qu'il n'était pas facile de rencontrer; à tel point que les esclaves propres à ce genre de tra-

[1] Satir. VII, 82 et suiv.

[2] *Adv. indoc.*, II, 556.

[3] Les copistes grecs étaient les plus renommés et les plus recherchés : *Sed peto a te ut quam celerrime mihi librarius mittatur, maxime quidem Græcus...* (Cicer., XIV, *ad Famil.*, 21.)

vail se vendaient jusqu'à 8,000 sesterces, comme l'affirme Horace dans son *Épître à Julius Florus*[1] :

> Si quis forte velit puerum tibi vendere natum
> Tibure vel Gabiis, et tecum sic agat : Hic et
> Candidus, et talos a vertice pulcher ad imos,
> Fiet eritque tuus nummorum millibus octo ;
> Verna ministeriis ad nutus aptus heriles ;
> Litterulis Græcis imbutus, ideneus arti
> Cuilibet. . . . . .

Cette circonstance, non moins que la faculté et la liberté de la contrefaçon, pouvait influer et influait beaucoup sur le prix auquel les auteurs étaient obligés de vendre leurs œuvres à ces trafiquants du quartier *Argileto*[2] ou *Sigilla-*

[1] II, epist. II, 2-7. — C'est à eux qu'il fait allusion dans l'*Art poétique*, v. 354 :

> Ut scriptor si peccat idem librarius usque,
> Quamvis et monitus, venia caret. . . . . .

Cicero (*ad Attic.*, XVII) parle aussi de la nécessité de revoir les copies avant la publication. *Epistolarum... eas ergo oportet perspiciam, corrigam, tum deniquè edentur ;* et par cela même les auteurs ne se lassaient pas de recommander à leurs éditeurs la correction des exemplaires : « *Multum autem* (dit Quintilien à Tryphon, dans la lettre qui précède ses institutions oratoires) *in tua quoque fide ac diligentia positum est, ut in manus hominum quam emendatissimè veniant.* »

[2] C'était le quartier où la plupart des libraires avaient leurs établissements. Il s'étendait sur les bords du Tibre depuis le Velabre jusqu'au théâtre Marcellus; il embrassait le *forum Cæsaris* où aboutissaient les rues de Janus et Vertumne. Dans une épigramme contre Luperce, qui l'avait prié de lui prêter le premier livre de ses œuvres, Martial nous révèle d'intéressants détails sur ce quartier (I, 118) :

> Quod quæris, proprius petas licebit
> *Argi* nempe soles subire *letum*.
> Contra Cæsaris est forum taberna ;
> Scriptis postibus hinc et inde totis
> Omnes ut cito perlegas poetas.

C'est à ce quartier que se réfèrent également ces vers de la quatrième épigramme du même livre :

> *Argiletanas* mavis habitare *tabernas*
> Cum tibi, parve liber, scrinia nostra vacent?

Pour l'intelligence des *scriptis postibus* de Martial, nous faisons remarquer que près des libraires se trouvaient des arcades ou piliers (*postes, pila*), sur lesquels les libraires plaçaient les annonces des ouvrages ; c'est ainsi qu'ils

rio[1]. Ajoutons que ces éditeurs étaient les seuls qui disposassent des moyens et relations nécessaires soit pour accréditer l'auteur, soit pour la rapide multiplication et propagation des copies; et en vérité si les boutiques du libraire (*tabernæ librariæ*[2]) étaient à Rome un point de réunion pour les hommes de lettres où les publications étaient discutées et critiquées, réunions dont Aulu-Gelle nous fait une curieuse peinture dans ses *Nuits attiques*[3], il n'en est pas moins certain aussi que les libraires ou éditeurs avaient des correspondants dans tout l'empire pour faciliter la divulgation des écrits; Lyon, par exemple, était devenu un des grands centres provinciaux du commerce des livres; c'est de cette ville que parle Pline lorsque, dans sa *Lettre à Geminius*, il se félicite d'avoir appris par lui qu'on y vendait ses livres, ce qu'il ignorait : *bibliopola Lugduni esse non putabam, ac tanto libentiùs ex litteris tuis cognovi venditari libellos meos*, quibus peregrè manere gratiam, quam in urbe collegerint, delector[4].

Toutes ces circonstances influaient en faveur de l'éditeur et contre l'auteur sur le prix de vente de l'original, et il n'est pas

remplaçaient nos prospectus actuels et les annonces de journaux. Horace fait allusion à ce fait (sat. I, 72) :

Nulla taberna meos habeat, neque *pila libellos*.

Et Catulle dans son épigramme *ad Contubernales* :

Salax taberna, vosque contubernales,
A pileatis nona fratribus *pila*.

[1] Là aussi il y avait des librairies. Aulu-Gelle (*Noct. attic.*, v. 4) parle de l'une d'elles, dans laquelle étaient en vente les *Annales* de Fabius, *bonæ ac sinceræ vetustatis liber; apud Sigillaria forte in libraria ego et Julius Paulus consederamus*.

[2] En outre des textes cités dans les notes qui précèdent, et qui prouvent que ces établissements étaient appelés *tabernæ librariæ*, il y a de plus un passage de Cicéron (*Philip.*, II, 9), où, parlant de Claudius qui échappa à la mort en se cachant dans l'escalier d'un libraire, il dit : *Nisi ille se in scalas tabernæ librariæ conjecisset*.

Souvent on les appelait du nom de *libraria*, comme nous l'indique le passage d'Aulu-Gelle, mentionné dans la note précédente.

[3] XIII, 20.

[4] IX, epist. XI. — Les écrits de Martial, comme on le voit dans ses épigrammes, étaient connus et lus à Toulouse (IX, 161), à Vienne (VII, 187), en Espagne (X, 104) et jusque chez les Gites et les Bretons (XI, 4).

étonnant que ceux qui se livraient à ce commerce cherchassent à gagner cent pour cent comme l'affirme Martial[1].

> Omnis in hoc gracili xeniorum turba libello
> Constabit nummis *quatuor* empta tibi :
> Quatuor est nimium. Poterit constare *duobus*,
> Et *faciet lucrum* bibliopola Tryphon.

A ces gains venait se joindre encore l'avantage de n'avoir à subir aucune des pertes qui grèvent nos éditeurs modernes; il suffisait, pour les œuvres d'un succès douteux, de tirer peu d'exemplaires, qu'il était facile de multiplier en cas de réussite; et si quelques-uns restaient au libraire, on pouvait encore tirer parti du papyrus ou parchemin en faisant disparaître l'écriture. On n'avait ainsi perdu que le travail du copiste.

Du reste, alors comme aujourd'hui, la fortune des manuscrits avait des chances diverses; si quelques-uns enrichissaient les Sosius[2] et les Tryphon[3], célèbres éditeurs d'Horace, Martial et Quintilien, d'autres étaient envoyés dans les provinces où n'ayant d'autre valeur que les *membranes* de Pergame ou le *papyrus* du Nil, étaient vendus au poids et condamnés à envelopper les olives de Libye et les anchois de Byzance dans la montre de quelque confiseur de Rome, quand ils ne servaient pas dans les écoles de village à enseigner les enfants.

[1] Épigr. XIII, 3.

[2] Les Sosies, principaux libraires de l'époque, étaient deux frères, de famille plébéienne, éditeurs des œuvres d'Horace et de son ami Virgile. Il parle d'eux dans l'une de ses épîtres (xx, liv. 1) :

> Virtumnum, Janumque, liber, spectare videris.
> Scilicet ut prostes *Sosiorum* pumice mundus;

et dans le vers 345, déjà cité, de l'*Art poétique* :

> Hic meret æra liber *Sosiis*...

[3] Il fut l'éditeur de la majeure partie des épigrammes de Martial, dans lesquelles son nom figure plusieurs fois (IV, 72; XIII, 3) :

> Exigis ut donem nostris tibi, Quinte, libellos.
> Non habeo, sed habet bibliopola *Tryphon*.

Nous disons éditeur de la majeure partie, parce qu'il semble résulter d'un autre épigramme (I, 118) qu'un certain Atrecte aurait édité le premier livre :

> ... Ne roges *Atrectum*;
> Hoc nomen *d minus* gerit *tabernæ*.

C'est à ces expédients de la librairie, envoyant dans les Gaules, en Espagne, en Bretagne et en Afrique les ouvrages qui n'avaient pu être écoulés à Rome, qu'Horace fait allusion lorsque parlant d'un livre qui avait été publié contre sa volonté, il disait[1] :

> Aut fugies *Uticam*, aut vinctus mitteris *Ilerdam*.
> Ridebit monitor non exauditus.

Dans cette même épître[2], Horace manifeste la crainte que son livre, au lieu de la publicité à laquelle il aspirait,

> Paucis ostendi gemis, et communia laudas,

ne tombe dans quelque école de village, aux mains d'un pédagogue employé à faire épeler les enfants :

> Hoc quoque te manet, ut pueros elementa docentem
> Occupet extremis in vicis balba senectus...

Le même poëte fait allusion au sort plus triste qui attend les écrits vendus au poids, lorsqu'il exprime à Auguste ses inquiétudes sur le destin qui menace son livre[3] ;

> Discit enim citius meminitque libentius illud,
> Quod quis deridet, quam quod probat ac veneratur.
> Nihil moror officium, quod me gravat, ac neque fidos
> In pejus vultu proponi cereus usquam,
> Nec prave factis decorari versibus opto :
> Ne rubeam pingui donatus munere, et una
> Cum scriptore meo capsa porrectus aperta
> Deferar in vicum, *vendentem thus et odores*,
> *Et piper, et quidquid chartis amicitur ineptis.*

Cette allusion se retrouve dans les épigrammes de Martial[4] :

[1] Epist. I, 20. — On voit par là que cet expédient si souvent usité par nos éditeurs modernes, et que signalait déjà Dacier au XVIe siècle : « *La province ne manque jamais de consoler le pauvre auteur et de dédommager le trop hardi libraire*, » n'a pas le privilége de la nouveauté.

[2] *Ibidem.*

[3] Epist. II, 1. — Stac., lib. IV, sylv. 9.

[4] III, 2.

Festina tibi vindicem parare,
Ne nigrum cito raptus in culinam
Cordylias madidas tegas papyro
Vel thuris, piperisque sis cucullus.

Et dans Perse [1] :

... nec scombros metuentia carmina nec thus.

II.

Mais il ne suffit pas de savoir que les auteurs vendaient leurs manuscrits aux éditeurs et que diverses circonstances pouvaient influer sur le prix de la vente ; il faut encore examiner si l'on peut trouver quelques indications sur les conditions de cession des ouvrages et sur l'abandon que faisait l'auteur d'une propriété incontestable.

Cécilius préparant un édit pour organiser en faveur du peuple romain des jeux dans lesquels l'art dramatique devait avoir une part importante, et sachant qu'un esclave carthaginois achevait de composer une comédie, manda cet homme en sa présence. Le poëte obéit. Il portait les insignes de l'esclavage et les haillons de la misère. Tout déconcerté, il osait à peine franchir le seuil de la salle où le magistrat prenait son repas lorsqu'il reçut l'ordre de réciter sa composition. Au début humble et modeste des premiers vers, il fut invité à s'approcher ; il avança timidement, continua à réciter ses vers, et à la fin du prologue il était appelé près du siége de l'édile, qui l'engagea à commencer la première scène. De nouvelles beautés ayant excité de nouvelles émotions, le magistrat cédant à l'exaltation de son enthousiasme, combla d'éloges l'esclave, et la lecture terminée, oubliant l'élévation de son rang, il n'hésita pas à l'admettre à sa table et lui fit compter pour son œuvre 6,000 sesterces [2]. Ce poëte était le Molière de son siècle, c'était Térence qui devint l'ami de Célius et de Scipion.

Ce fait, bien qu'il atteste le pouvoir du génie et l'influence des compositions littéraires sur les esprits, ne saurait être considéré comme une base suffisante pour établir le prix de la cession d'une œuvre théâtrale, car Suétone, qui rapporte cette

[1] I, 44.
[2] Suet., *Terentii vita*, c. 2.

anecdote, affirme qu'aucune composition dramatique ne fut payée aussi cher que l'*Eunuque* de Térence : « Meruit pretium, quantum nulla antea cujusquam comœdia, id est, octo millia nummum. »

Le même Suétone, parlant de Pompilius Andronicus, qui dans sa résidence de Cumes passait son temps à écrire (*Cumas transiit, ibique in otio vixit, et multa composuit*), déclare que, poussé par la nécessité, il fut obligé de vendre ses *Annales* pour 60,000 sesterces : « Coactus sit illud opusculum Annalium Elenchorum sedecim millibus nummum cuidam vendere [1]. » Il y a plus, Sénèque, dans son livre *De beneficiis*, après avoir accumulé les subtilités au sujet des divers modes de posséder, ajoute : Nous disons que les livres de Cicéron lui appartiennent, le libraire Dorus prétend qu'ils sont à lui et ces deux propositions sont vraies : l'un peut les revendiquer comme *auteur*, l'autre comme *acheteur*. Et nous pouvons avec raison dire qu'ils sont à tous deux, parce qu'ils appartiennent à chacun à des titres différents. Tite-Live peut acheter et recevoir aujourd'hui ses livres du libraire Dorus : « Libros dicimus esse Ciceronis : eosdem Dorus librarius suos vocat et utrumque verum est. Alter illos tanquam auctor, alter tanquam emptor asserit : ac recte utriusque dicuntur esse. Utriusque enim sunt, sed non eodem modo. Sic potest T. Livius a Doro accipere aut emere libros suos [2] »

Ce texte suffit également à prouver la fausseté de l'opinion de M. Eugène Despois, qui, dans son article *les Écrivains de Rome* [3], affirme que le théâtre était l'*unique* moyen littéraire de gagner sa vie et qu'il n'existe *aucun écrivain* qui atteste la vente d'un manuscrit par l'auteur à un libraire.

Les prix que nous venons de mentionner n'étaient sans doute pas de nature à faire la fortune du poëte, mais ils étaient certainement supérieurs, toute proportion gardée, à ceux que reçurent Corneille et Racine pour leurs principales productions ; le seul *Eunuque* de Térence fut vendu pour deux récitations 8,000 sesterces, alors que Racine toucha seulement 300 livres françaises pour son *Andromaque !* Nous n'avons pas besoin de

[1] *De illustr. gramm.*, c. 8.
[2] VII, 6.
[3] Publié dans la *Revue des Deux-Mondes* d'août 1859, p. 781 et suiv.

rappeler l'exemple de Plaute, qui acquit dans le théâtre une véritable fortune qu'il perdit bientôt dans le commerce ; car il était à la fois auteur, acteur et directeur de spectacles comme Molière, qui cependant n'eut jamais une fortune exceptionnelle.

Que le livre, avant sa publication, fût une *propriété* de l'auteur et qu'il pût la *céder* ou la *vendre* à un éditeur, c'est là un fait hors de doute ; mais le *droit exclusif* de reproduction, le droit de copie, en un mot la *propriété littéraire*, se trouvait-elle comprise dans la cession ? Je crois qu'on peut soutenir avec assurance la négative et établir comme règle générale que tout *bibliopole* qui acquérait une copie d'une production littéraire avait le droit d'en tirer et d'en vendre autant d'exemplaires qu'il voulait. Cicéron, dans une de ses lettres à Atticus, en parlant d'un certain Hermodorus qui faisait trafic des discours d'autrui, et qui, comme disciple de Platon, vendait au public les discours de son maître, s'exprime ainsi [1] : « Dic mihi placet ne tibi primum edere injussu meo ? Hoc ne Hermodorus quidem faciebat, is quis Platonis libros solitus est divulgare ; ex quo λογοιων Ερμοδωρος ; » de même Quintilien déplorait dans sa préface à Marcellus que ses disciples publiassent sans son consentement les leçons sténographiées, qu'il ne destinait pas à la publicité.

Du reste, bien loin qu'on reconnût à Rome la propriété littéraire, l'auteur qui publiait une œuvre ou la vendait au bibliopole ne trouvait dans les lois rien qui pût lui garantir contre la contrefaçon le droit exclusif de la reproduction. C'est en vain que les érudits se sont efforcés de découvrir dans la vaste collection des lois romaines un texte précis applicable aux usurpateurs qu'on flétrit du nom de *plagiaires* [2].

L'idée de matérialiser les conceptions de l'esprit en vue d'une rémunération, d'un lucre, ou d'un bénéfice ne pouvait guère naître chez un peuple aristocratique, guerrier et uniquement préoccupé de son agrandissement matériel [3]. Et si dans le Digeste ou dans le Code [4] nous rencontrons des peines

[1] XIII, 21 (*Collection de Nisard*, t. V).

[2] Scellier, *Abercombrius*, *Salden*, etc. — V. Nodier, *Questions de littérature légale ;* Paris, 1828.

[3] L. Calmels, *loc. cit.*

[4] *De lege Fabia de plagiariis*, Dig. (XLVIII, 15) ; Cod. (IX, 20). —

édictées contre les plagiaires, cette expression ne comprenait, dans la technologie juridique de cette époque, que ceux qui volaient les enfants mineurs ou vendaient comme esclave un homme libre. Martial fut la cause innocente de la déviation que subit cette locution technique, depuis lors appliquée à la piraterie littéraire. En effet, dans une de ses épigrammes, ce poëte, considérant ses vers comme des enfants *émancipés* par la publication, vouait à la honte quiconque tenterait de se les approprier[1].

Commendo tibi Quinctiliane nostros,
Nostros dicere si tantum libellos
Possumus, quos recitat tuus poeta.
Si de *servitio* gravi queruntur,
Assertor venias satisque prestes.
Etsi se *dominum* vocabit ille,
Dicas esse meos, *manuque missos*
Hoc si ter quaterque clamitaris.
Imponès *plagiario* pudorem !

Les auteurs étant dans l'impossibilité de retirer du droit exclusif de reproduction tout le gain matériel que devaient procurer leurs ouvrages, ne pouvaient tolérer qu'à la contrefaçon vînt se joindre le plagiat pour leur ravir la gloire et la popularité qu'ils avaient conquises. Mais la satire et l'épigramme, au moyen desquelles ils signalaient au public et stigmatisaient les usurpateurs, étaient les seules armes dont ils disposaient pour défendre leurs œuvres, en l'absence d'une loi protectrice de leur droit de propriété. Ce fut le plagiat qui inspira à Ésope l'apologue significatif du geai paré des plumes du paon; à Virgile sa célèbre énigme « sic vos non vobis, » et à Martial les sarcasmes dont il poursuivit dans ses épigrammes

Direcksen, *Manuale latinitatis fontium juris civilis romanorum;* Berlin, 1837; v° *Plagium*, etc.

[1] Quelques auteurs attribuent à Martial d'avoir détourné le mot *plagium* de sa signification technique pour qualifier la piraterie littéraire. C'est une erreur : seulement, dans le XVIe siècle, cette locution commença à être introduite dans les lexiques par des compilateurs ignorants, qui ne comprirent pas l'épigramme et ne virent pas que le poëte, poursuivant une allégorie empruntée à la jurisprudence, avait réellement employé le mot *plagium* comme le mot *assertor* dans son vrai sens juridique. — V. sur ce point Hommel, *Litteraturis juris*; Leipsig, 1761, p. 232 et suiv.

un Fidentinus qui avait la singulière impudence de donner comme siens les vers du poëte.

Comment pouvait-on espérer que le législateur, envisageant avec une si singulière défaveur le travail intellectuel, n'en vînt pas à méconnaître ce qu'il y a *d'immatériel* dans les travaux de l'intelligence, pour ne voir dans un livre que la valeur matérielle du travail du scribe? Le droit romain a toujours été tellement influencé par cette idée, qu'il considérait l'œuvre comme accessoire de la substance sur laquelle l'écrivain avait tracé sa pensée; en conséquence il décidait que le poëme, le discours ou l'histoire écrite sur le parchemin d'autrui, étaient la propriété de ce dernier, et il concédait à peine à l'écrivain, dans le cas de revendication, un droit de rétention pour être indemnisé de la valeur matérielle de l'écrit. Cette doctrine, exposée par le jurisconsulte Paul dans le livre XXI *ad edictum*[1] et par Gaïus dans le livre II *rerum cottidianarum sive aureorum*[2], fut sanctionnée par Justinien dans le livre II, tit. 1, § 33, de ses Institutes : « Litteræ quoque, licet aureæ sint perinde chartis membranisve cedunt, ac si solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur; ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse judiceris. »

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que le droit romain, alors qu'il consignait dans ce paragraphe un pareil principe, établissait un principe contraire dans le paragraphe suivant. En effet, dans l'hypothèse d'un tableau peint sur toile ou toute autre matière appartenant à autrui, il considérait le tableau comme *principal* et la matière comme *accessoire*, et ce, en opposition complète avec la doctrine du jurisconsulte Paul : « Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere[3], aliis videtur pictura qualiscumque sit, tabulæ cedere[4]. Sed nobis videtur melius esse tabulam picturæ cedere. » Et l'on ne peut ici se méprendre sur le motif qui inspire à Justinien cette décision; « ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere; » la diversité des

[1] L. 23, § 3, Dig., *De rei vind.*
[2] L. 9, § 1, *De adquir. rer. domin.*
[3] Gaius, L. 9, § 2, Dig., *De adquir. rer. domin.*
[4] Paulus, L. 23, § 3, *De rei vind.*

opinions, dans ces deux hypothèses, ne provient pas de la différence qui existe entre le papier et l'écrit, entre la toile et la peinture, mais, comme l'observe judicieusement M. le professeur de la Faculté d'Aix, de Fresquet, du principe de la *prævalentia*[1].

III.

L'inévitable conclusion qu'on doit tirer des considérations qui précèdent, est qu'il n'existait pas à Rome *de propriété littéraire* et que l'auteur ou le libraire, *en publiant* l'original, perdait le droit à toute prétention quelconque dérivant de sa propriété, contre la reproduction ou contrefaçon de l'œuvre. C'est précisément ce que confirme Martial dans son épigramme contre Fidentinus :

Fama refert nostros te, Fidentine, libellos,
Non aliter populo quam recitare tuos.
Si mea vis dici, gratis tibi carmina mittam,
Si dici tua vis, hæc eme, ne mea sint.
Carmina Paullus *emit* : recitat *sua* carmina Paullus,
Nam quod emas, possis dicere jure tuum.

Cette franchise absolue de la contrefaçon (qui du reste n'était pas aussi préjudiciable qu'aujourd'hui à cause du temps et des difficultés qu'exigeaient les copies) explique le haut prix de quelques ouvrages. Cinq sesterces

. . . . . Dabit. . . . . .
Denariis tibi quinque Martialem[2],

pour cent dix-sept épigrammes de Martial, dont un grand nombre comporte à peine un distique, serait un prix exorbi-

[1] Fresquet, *Traité élémentaire du droit romain;* Paris, 1857; t. I, p. 281. — Dans chaque écrit, on considérait toujours le papier comme la chose *principale*, car au moyen de la copie on pouvait transporter le poëme d'un parchemin ou papyrus sur un autre sans altérer la poésie. Mais dans une peinture ou dessin la *prævalentia* restait toujours un travail artistique. La peinture faite sur une matière devenait un tableau, création d'une chose nouvelle ayant son existence propre, et la *tabula* était réellement *res extincta*.

[2] Épigram. I, 118.

tant si l'acquéreur n'eût eu à payer que les frais de publication et l'achat de l'original; mais comme il était nécessaire que l'éditeur eût un bénéfice assuré, l'incertitude qui existait pour lui de pouvoir facilement reproduire le manuscrit l'obligeait, par compensation, à accroître le prix de chaque exemplaire de la première édition. Dans les deux vers de Martial déjà cités [1] :

> Quatuor est nimium? *poterit constare duobus,*
> *Et faciet lucrum bibliopola Tryphon,*

nous trouvons la confirmation de ce que nous avons déjà dit. Le poëte entend indiquer que l'éditeur, en vendant son livre deux sesterces, faisait déjà un bénéfice, et à plus forte raison en le vendant quatre ou cinq.

Les efforts tentés par M. Adolphe Breulier pour nous faire admettre l'existence chez les Romains d'une propriété littéraire régie par le droit commun [2], ne prouvent qu'une chose, l'habileté avec laquelle ce savant avocat français a confondu la *propriété* du manuscrit *tant qu'il n'est pas publié,* propriété reconnue dans tous les temps et que Cicéron avait en vue dans ce passage de sa lettre à Atticus : « Placet ne tibi primum edere injussu meo » avec *le droit exclusif de reproduction après la publication* qui n'était pas admis par le peuple romain.

Ce droit, comme nous aurons occasion de le démontrer, n'a jamais été reconnu ni garanti jusqu'à l'époque de la découverte de l'imprimerie, qui vint, ainsi que le dit Villemain [3], *marquer l'ère de la raison humaine.* LEVY MARIA JORDAO.

CHRONIQUE.

Sur la plainte portée par M. Jules Tardieu, le tribunal correctionnel de Charleroi (Belgique), dans son audience du 29 oc-

[1] XIII, 3.

[2] *Du droit de perpétuité de la propriété intellectuelle;* Paris, 1855; p. 18 et suiv.

[3] *Cours de littér. franç.,* 32e leçon.

tobre 1861, avait condamné l'éditeur de l'*Union de Charleroi* à 212 fr. d'amende au profit du bureau de bienfaisance de Charleroi, et à payer à la partie civile la somme de 300 fr. à titre de dommages-intérêts, plus tous les frais du procès, pour avoir reproduit en feuilletons dans son journal, sans autorisation et même sans signature, LADY CLARE, légende de *J. T. de Saint-Germain*, ouvrage dont M. Jules Tardieu est éditeur et dont il a fait le dépôt légal en Belgique en temps utile.

L'éditeur de l'*Union de Charleroi* avait appelé de ce jugement, en alléguant que LADY CLARE avait paru dans un journal depuis la publication originale déposée en volume, et que les articles successifs de ce journal ne mentionnaient pas une interdiction de reproduire. — Me Coenaës, avocat distingué de Bruxelles, qui s'est fait une spécialité des questions de propriété littéraire, représentait l'éditeur français. — Après diverses remises, la Cour, dans son audience du 8 mai, a rendu l'arrêt suivant :

« Attendu que le 31 octobre 1858, M. Jules Tardieu a déposé au ministère de l'intérieur, à Paris, et mis en vente le même jour, la première édition d'un ouvrage intitulé : *Lady Clare*, ouvrage dont il est l'auteur;

« Attendu que, pour se conformer aux prescriptions du traité international du 22 août 1852 et garantir ses droits de propriété en Belgique, la partie civile en a remis un exemplaire à la chancellerie de la légation belge à Paris, le 24 décembre 1858;

« Attendu que, dans les numéros des 31 mai 1861 et jours suivants du journal l'*Union de Charleroi*, dont le prévenu est l'éditeur, celui-ci a reproduit cet ouvrage sans autorisation, en le copiant dans un volume acheté à cet effet et portant en toutes lettres à la première page cette mention : « Droits de traduction et de reproduction réservés, » ce qui est exclusif de la bonne foi dans le chef du prévenu;

« Attendu que vainement le prévenu invoque l'article 7 de la convention internationale prérappelée, puisque le *Journal des Demoiselles*, qui a reproduit l'œuvre *Lady Clare*, a fait cette reproduction en mettant au bas de la couverture cette mention : « Droits de reproduction et de traduction réservés ; »

« Attendu que le tribunal de Charleroi, en déclarant le pré-

venu coupable du délit de contrefaçon, a parfaitement qualifié le fait qui lui est imputé ;

« Attendu que le premier juge a fait une juste application de la loi pénale et a fixé équitablement les dommages-intérêts réclamés par la partie civile ; par ces motifs, la Cour met l'appel au néant. »

PARTIE ÉTRANGÈRE.

ÉTUDES SUR LE NOUVEAU CODE PÉNAL

DES ÉTATS DE S. M. LE ROI DE SARDAIGNE.

Par M. Paul Bernard, docteur en droit, procureur impérial à Château-Thierry (Aisne).

DEUXIÈME ARTICLE [1].

TITRE II.

RÈGLES GÉNÉRALES SUR L'APPLICATION DES PEINES.

CHAPITRE Ier.

PASSAGE D'UNE PEINE A L'AUTRE.

On remarque dans ce chapitre que la loi a voulu établir une distinction entre les peines des travaux forcés, de la reclusion et de l'emprisonnement, d'une part, et celle de la relégation et de l'interdiction des fonctions publiques, de l'autre.

La relégation, moins sévère que la reclusion, peut être comparée, jusqu'à un certain point, à notre détention. Comme celle-ci, elle est destinée à punir les crimes qui ont un caractère politique, mais, en outre, elle est réservée aux crimes qui révèlent une immoralité moins odieuse que d'autres. La relé-

[1] V. le présent tome, p. 364.

gation s'applique aux crimes commis contre la sûreté de l'État, contre l'administration publique, aux crimes de prévarication etc., enfin à des crimes qui chez nous sont punis des peines ordinaires, tels que l'abandon d'enfant, la bigamie, l'homicide dans une rixe. La pensée du législateur résulte d'ailleurs des articles 23 et 24 ; il n'a pas voulu considérer comme infamantes les condamnations pour crimes punis de la rélégation. — Cette classification est arbitraire ; mieux eût valu ne pas l'établir ; car dans certains cas tels faits, emportant infamie de par la loi, seront considérés par la conscience publique comme moins graves que des crimes punis seulement de la relégation.

CHAPITRE II.

DE L'INFLUENCE DE L'AGE ET DU DEGRÉ DE DISCERNEMENT DU COUPABLE.

Ce chapitre, plus que tous les autres, nous révèle la sévérité dont le Code sarde est empreint.

Il détermine une limite à laquelle l'âge ne servira plus d'excuse. A vingt et un ans accomplis, le coupable est soumis à la peine ordinaire (art. 87). Viennent ensuite, au-dessous de cet âge, différentes classifications :

1° Si le mineur est âgé de moins de *quatorze ans*, deux hypothèses se présentent comme dans la loi française pour le mineur de seize ans.

S'il a agi sans discernement, il n'est soumis à aucune peine ; mais s'il a commis un crime ou un délit, il peut être remis à ses parents ou élevé dans une maison publique de travail jusqu'à dix-huit ans.

S'il a agi avec discernement, il est condamné à une détention plus ou moins longue suivant la nature du crime.

Remarquons sur cette disposition de l'article 88 que, lorsque l'enfant est remis à ses parents, ceux-ci font soumission de bien l'élever et de veiller sur sa conduite, sous peine de dommages, et même, selon les circonstances, d'une amende qui pourra être portée à 150 livres. Dans certains cas, cette pénalité, inconnue chez nous et ajoutée à la responsabilité civile, peut être salutaire ; elle est de nature à réprimer l'indolence et la faiblesse des parents qui laissent leurs enfants à l'abandon de tous leurs mauvais instincts.

2° De quatorze ans à dix-huit ans, l'article 89 crée une nouvelle échelle de pénalité.

3° Enfin de dix-huit ans à vingt et un ans, le coupable est condamné à la peine ordinaire diminuée d'un degré, à moins qu'il n'ait commis un crime de parricide, d'empoisonnement, d'homicide commis proditoirement, etc.

Si l'on doit approuver ce système en ce qu'il tient compte au mineur de vingt et un ans de la faiblesse de son âge qui l'empêche d'exercer sur ses passions un empire énergique, on doit lui reprocher d'avoir fixé à une époque trop rapprochée de l'enfance la limite où finit la présomption d'innocence. D'autre part, je ne pense pas que dans notre législation on doive la reculer jusqu'à dix-huit ans comme l'ont proposé certains criminalistes. Le législateur de la Sardaigne aurait dû la fixer à seize ans; jusqu'à cet âge l'homme n'a pas, en général, le jugement complétement formé. Il sait à la vérité ce qui est bien et ce qui est mal, mais il le sait d'une manière un peu confuse; le saurait-il d'une manière absolue, on ne peut supposer qu'il ait acquis l'énergie suffisante pour résister à ses mauvais instincts, ainsi qu'il apprendra à le faire chaque jour davantage, ni l'expérience et le jugement nécessaire pour connaître les conséquences de l'acte qu'il va commettre.

Les articles 92 et 93 considèrent comme une cause d'atténuation une infirmité qui aurait dû attirer l'attention du législateur français parce qu'elle est de nature à mettre obstacle au développement des facultés mentales. Ils sont relatifs aux sourds-muets.

Si le sourd-muet est infirme de naissance ou dès son enfance et qu'il ait agi avec discernement, jusqu'à vingt et un ans il n'est soumis qu'aux peines spéciales édictées contre les mineurs de moins de quatorze ans. — Au delà de vingt et un ans, il peut, eu égard à la perversité dont il a fait preuve, être assimilé aux mineurs de quatorze ans à dix-huit ans.

Si le sourd-muet sait lire et écrire et qu'il n'ait pas dix-huit ans accomplis au moment du crime, on lui applique les peines auxquelles sont soumis les mineurs âgés de moins de quatorze ans; s'il avait dix-huit ans, celles applicables aux mineurs ayant moins de dix-huit ans et plus de quatorze ans; enfin celles des mineurs de plus de dix-huit ans s'il était majeur. — En résumé, le majeur est toujours assimilé aux mineurs, et le

mineur est puni d'une peine applicable aux mineurs moins âgés que lui.

L'article 94, comme l'article 64 du Code français, formule le principe qu'il n'y a pas infraction lorsque l'accusé était à l'époque du fait dans un état d'imbécillité absolue, ou de démence ou de fureur occasionné par maladie, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

Mais lorsque l'oblitération des facultés intellectuelles n'a pas été assez complète pour que l'action ne lui fût pas imputable, elle n'affranchit pas l'accusé de toute culpabilité, mais le rend seulement excusable. Dans ce cas, l'emprisonnement jusqu'à dix ans ou la détention jusqu'à vingt ans peuvent être appliqués.

L'ivresse n'est pas considérée par la loi française comme un motif d'excuse légale. Les criminalistes, lorsqu'ils l'examinent au point de vue purement philosophique, déclarent cependant que l'homme en cet état, étant privé de sa raison et de sa volonté, n'est pas responsable de ses actes.

Le Code de Sardaigne considère au contraire l'ivresse comme un motif d'excuse légale lorsqu'elle était complète, pourvu que l'accusé ne s'y soit pas soumis de propos délibéré et qu'il n'ait pas l'habitude de s'enivrer.

Il est incontestable qu'en principe l'ivresse habituelle est plus condamnable que l'ivresse accidentelle; toutefois, quant à l'appréciation d'un acte déterminé, on n'aurait pas dû n'en tenir aucun compte; ici la responsabilité morale préexiste au délit il est vrai, mais cette responsabilité vague, indéterminée, qui n'a pas fait l'objet de la réflexion du coupable, ne peut jamais être aussi complète que celle qui résulte d'un crime accompli volontairement.

Je voudrais que l'ivresse fût d'abord punie comme délit distinct et que la peine fût aggravée sévèrement en cas de récidive; le législateur punirait ainsi un acte dont la criminalité se révélerait par l'intention de l'agent.

Quant aux crimes commis en état d'ivresse, il ne faudrait pas les punir aussi sévèrement que ceux commis par un homme sain d'esprit, car on ne peut assimiler, en droit philosophique, l'imputabilité indéterminée, préexistant au crime et résultant du vice d'ivrognerie, à l'imputabilité déterminée, applicable à l'acte qu'un homme a médité et froidement calculé.

Le crime commis en état d'ivresse ne peut être assimilé à ce cas que lorsqu'un homme ayant résolu un crime a voulu puiser dans l'exaltation de l'ivresse l'audace nécessaire pour ne pas reculer devant les difficultés morales ou matérielles qui accompagnent toujours l'accomplissement d'un projet criminel.

M. Tissot fait à ce sujet une distinction que je ne saurais accepter. Il admet difficilement d'abord qu'on puisse, dans un état complet d'ivresse, avoir la force de commettre un crime. Mais, suivant lui, c'est à tort qu'on punirait de toute la rigueur de la loi celui qui se serait enivré complétement pour commettre un crime, « par la raison que l'homme qui n'en est encore qu'à s'enivrer et qui veut le faire au point de perdre la « raison ne fait que concevoir et préparer un crime ; il n'en « commence pas encore l'exécution. De plus il s'y prépare de « manière à l'oublier ou à le manquer, de manière à ne pas « l'exécuter. Si donc il y a ivresse volontaire et complète et « que le crime ait lieu, qu'il soit consommé, ou manqué, ou in« terrompu, l'auteur d'un pareil attentat ou d'un pareil crime « ne devrait encore être puni, si d'ailleurs il pouvait l'être à « ce titre, que comme ayant conçu et préparé le crime. S'il a « fait quelque chose de plus, on reconnaît par l'hypothèse que « c'est dans un état de complète ivresse ; il n'y a donc pas délit « intentionnel en ce cas, mais simplement délit matériel. » (*Revue critique*, 1858, p. 127.)

Ce raisonnement me paraît spécieux : la difficulté la plus grande sera de constater que l'accusé s'est enivré avec l'intention de consommer un crime. Ce point établi, on doit dire qu'il s'est fatalement livré à une force irrésistible. — L'intention criminelle ici ne se réduit pas à un élément simple comme celle qui naît dans le cœur d'un homme qui n'a pas recours à un semblable moyen pour accomplir un crime. Celui-ci, en conservant sa raison et sa volonté, reste le maître de ses actions ; il peut réduire à néant le projet criminel qu'il avait formé ; tant qu'il n'a pas frappé sa victime, il peut rejeter loin de lui l'arme homicide ; la société lui pardonne une impulsion criminelle qu'il est parvenu à réprimer. Mais celui qui, se défiant de son audace, craignant de subir l'empire du remords ou la crainte des lois pénales, fait volontairement abnégation de sa volonté, se suicide intellectuellement pour être sûr d'accomplir son

crime, celui-là n'est pas seulement coupable d'une intention si sa main obéit à l'inspiration qui a absorbé toutes ses facultés avant et pendant l'ivresse. Il peut sans doute arriver que, dans l'obscurcissement de son intelligence, le projet criminel s'évanouisse, que le corps tombe dans une atonie telle qu'il soit incapable d'exécuter l'ordre qui lui a été donné par sa volonté. Mais souvent aussi il arrivera que, dominée par la pensée fixe qui l'a envahie, l'intelligence, ne projetant plus que des lueurs incertaines, soit suffisante néanmoins pour diriger le corps dans l'exécution d'un projet qui avait profondément absorbé toutes les facultés. Or, quand il en est ainsi, le corps, qui pourrait être considéré comme obéissant à des instincts incompréhensibles et de nature à faire disparaître en partie la responsabilité de l'agent, si l'ivresse était accidentelle et n'avait été précédée d'aucun projet, devient l'instrument de la volonté qui s'est manifestée avant l'ivresse et s'est incarnée en lui. La volonté de commettre le crime a été si énergique que le corps, n'étant plus détourné de l'impulsion première par une volonté contraire, la suit fatalement ; on ne pourrait donc dire que celui qui s'est privé de la réflexion nécessaire pour abandonner un projet criminel n'est pas responsable de l'exécution qu'il en a faite et qu'une intention seulement lui est imputable. Le délit matériel lui est imputable parce qu'il a été prédédé et peut-être accompagné jusqu'à un certain degré qu'il est toujours difficile de préciser, du délit intentionnel qui l'a éclairé de ses reflets.

Si une révision avait lieu en France, il faudrait tout d'abord punir l'ivresse, ainsi qu'un savant magistrat l'a proposé dans cette revue ; il faudrait ensuite l'admettre comme excuse légale, mais avec cette distinction que la peine serait plus forte lorsque l'ivresse est habituelle que lorsqu'elle est purement accidentelle ; car celui qui contracte l'habitude de l'ivresse a dû prévoir les conséquences de la privation de sa raison, lorsqu'il a appris de ses semblables que, ravalé au rang des brutes, il s'est livré à des actes insensés ; c'est là un avertissement solennel qui aurait dû l'éloigner à jamais de la boisson. S'il y revient, c'est qu'il veut accepter la responsabilité de tous les actes qu'il fera en cet état de démence. Il n'est pas sans inconvénient de n'avoir pas formulé cette excuse ; pour les magistrats, l'ivresse n'efface pas la culpabilité, elle l'atténue dans

certains cas; mais, pour les jurés, l'absence d'une disposition atténuante est une excitation à rendre un verdict négatif.

Au sujet de la *contrainte* qui entraîne aux yeux de la loi privation de liberté, il nous semble que le législateur sarde, au lieu de s'en tenir à une formule vague, aurait pu préciser de quelle nature elle doit être pour excuser le crime. Les moralistes et les jurisconsultes ont donné sur ce point des décisions assez sages sanctionnées par la jurisprudence, pour qu'il fût permis de supprimer, au moins dans certaines limites, l'arbitraire qui est la conséquence de principes trop généraux.

CHAPITRE III.

DE LA TENTATIVE.

La loi française a assimilé la tentative à l'infraction. Si l'article 2 du Code pénal distingue entre le *cas de suspension ou la tentative simple* et l'*effet manqué de l'infraction*, elle n'établit aucune différence entre la pénalité de l'une et de l'autre. Il est regrettable que la réforme proposée en 1832 sur ce point important n'ait pas été adoptée, car elle serait conforme aux notions les plus vraies du droit de punir et supprimerait l'arbitraire des décisions du jury, arbitraire auquel, nous ne saurions trop le redire, il faut attribuer en grande partie la faiblesse de la répression et l'augmentation de certains crimes. Nous pouvons reprocher à notre Code pénal d'être fort en arrière des législations étrangères, qui consacrent la distinction éminemment philosophique entre *le crime tenté* et *le crime manqué*, et de ne réprimer qu'exceptionnellement *la tentative de délit*.

Plus sévère, la loi de Sardaigne punit la tentative de délit aussi bien que celle de crime (art. 96). C'est là un principe rationnel; la preuve n'en est pas plus difficile à faire, et, s'il est vrai que le péril social soit moindre, il est certain aussi que la répression des tentatives de délit préviendrait un grand nombre d'infractions. L'exception à cette règle doit être formulée dans un texte de loi (art. 100).

« La tentative qui s'est manifestée par des actes d'exécution, « tels que le coupable n'ait eu à en ajouter aucun autre pour « que la tentative eût son effet, est considérée *comme crime ou*

« *délit manqué*, et est punie de la peine qui devrait être pro-
« noncée si l'infraction eût été consommée, *mais avec dimi-*
« *nution d'un degré.* » (Art. 97.)

Si l'on considère que l'échelle pénale consacrée par la loi est différente de la nôtre, et que chaque peine temporaire est divisée en différents degrés, cette diminution paraîtra moins regrettable. Toutefois, on ne saurait approuver une règle qui révèle une tendance purement utilitaire. Quant à l'agent, en effet, il a parcouru tous les degrés du crime ; c'est par un fait qui lui est étranger que la victime n'a pas été atteinte. On ne devrait pas lui tenir compte de ce qu'un préjudice qu'il a voulu occasionner ne s'est pas réalisé, puisqu'il a fait tout ce qui dépendait de lui pour consommer le crime. Une peine n'est plus exemplaire lorsqu'au lieu de punir une infraction suivant la perversité que sa perpétration révèle, elle prend pour base la réussite de l'exécution. On comprend que la pénalité soit augmentée lorsque le crime a eu des conséquences plus graves que celles cherchées par le délinquant, mais qu'il pouvait prévoir. Ainsi, il est logique d'aggraver la peine applicable au crime de coups et blessures, si la mort de la victime est résultée des blessures, quoique l'agent n'eût pas l'intention de la tuer, parce qu'il aurait dû prévoir toutes les conséquences de l'attentat qu'il commettait. Mais on comprend difficilement qu'on l'indemnise lorsque le but criminel qu'il poursuivait a subi un obstacle indépendant de lui.

Notre doctrine, repoussée par les criminalistes allemands, est soutenue par les savants auteurs de la théorie du Code pénal. « La question se réduit à ceci, disent-ils : Le législateur « doit-il proclamer comme un fait d'excuse le hasard qui a « empêché le crime de réussir? mais ne proclamerait-il pas par « là même une immoralité? Car il enseignerait à peser les ac- « tions d'après leur résultat matériel, et non d'après l'intention « criminelle qui les a dirigées. »

Art. 98. Si les actes d'exécution sont tels qu'il ait encore manqué quelque acte de la part de l'auteur pour parvenir à la consommation du crime ou du délit, le « coupable est puni de « la peine qui devrait être prononcée si l'infraction eût été « consommée, *avec diminution de deux ou de trois degrés*, « suivant les circonstances, et principalement selon que les « actes d'exécution auront été plus ou moins voisins de la con-

« sommation du crime ou du délit. Cette tentative est considérée « comme *crime ou délit tenté.* »

Cette diminution de peine est très-juste, parce que la série des actes nécessaires à la consommation de l'infraction reste incomplète dans ce cas. L'agent peut encore se repentir; la loi doit, dans l'incertitude de ce qu'il aurait fait, le faire bénéficier d'une simple éventualité.

Conséquent avec le principe qu'il vient de poser, le législateur ajoute que « si un mandat a été donné pour commettre un crime ou un délit, et que l'exécution n'en ait été suspendue ou n'ait manqué son effet que par le repentir du mandataire, ou par toute autre cause indépendante de la volonté du mandant, celui-ci sera puni comme coupable de délit manqué ou tenté, suivant les distinctions établies dans les articles précédents. » (Art. 99.)

Cette disposition est conforme à la justice; le mandant a fait tout ce qui était en son pouvoir pour que le crime fût commis par son mandataire, et l'exécution commencée ou consommée par celui-ci indique suffisamment qu'il n'a pas rétracté le mandat criminel.

Mais voici qui me paraît trop sévère : « Dans le cas où il n'y « aurait eu aucun commencement d'exécution de la part du « mandataire, le mandant n'en sera pas moins puni comme « coupable de crime ou délit tenté. » Le législateur méconnaît ici la possibilité du repentir chez le mandant. Sauf certains cas exceptionnels où il résultera des circonstances que les instructions pour commettre le crime n'auraient pu matériellement être retirées avant l'heure où elles devraient être mises à exécution, à raison de la distance, par exemple, il arrivera le plus souvent que, tant que le mandataire n'aura pas tenté le crime, le mandant aura la faculté de retirer son mandat. Il est illogique de poser en principe absolu que, de la part du mandant, l'ordre qu'il a donné et qui n'est pas exécuté par le mandataire constitue dans tous les cas une tentative aussi immorale que celle qui se serait manifestée par des actes d'exécution qui seraient propres au mandant et qu'une force étrangère aurait interrompus. Il y avait là une nuance, comme dans le *délit tenté*, qui n'aurait pas dû échapper au législateur, parce qu'elle est fondée sur l'espérance si précieuse du repentir.

CHAPITRE IV.

DES AGENTS PRINCIPAUX ET DES COMPLICES.

Ce chapitre offre des différences remarquables avec la loi française.

Celle-ci ne considère comme *coauteurs* (cela résulte indirectement de l'article 60 qui caractérise la complicité) que ceux qui ont participé directement et matériellement à l'exécution d'une des circonstances constitutives de la nature de l'infraction, d'après sa définition légale.

La loi sarde est plus spiritualiste; pour distinguer les coauteurs et les complices d'un crime, elle se préoccupe, non de *la matérialité des actes d'exécution*, mais de la participation directe ou indirecte à tous les actes *spirituels* ou *matériels* qui constituent l'infraction ou sans lesquels elle n'aurait pas existé.

« 1° Le concert frauduleux entre celui qui donne mandat de commettre un crime et celui qui l'accepte et le met à exécution rend le premier, non point coauteur de l'exécution, mais *agent principal* du crime. C'est l'*instigateur* sans lequel l'infraction n'aurait pas eu lieu; sa participation n'est pas accessoire, mais principale, parce qu'elle est essentielle au drame qui va se produire; elle est essentielle, parce que sans elle le mandataire ne serait pas devenu l'instrument du crime.

2° Sont encore *agents principaux* ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, ou par des artifices coupables, ont entraîné quelqu'un à commettre une infraction.

Le mandat est caractérisé par un concert frauduleux; c'est un contrat intervenu entre deux personnes qui ont prémédité le crime; si le mandant dicte ses inspirations criminelles, l'immoralité du mandataire est égale à la sienne, parce que sa liberté est complète. Dans les circonstances de provocation prévues par le § 2, il pourra arriver au contraire que celui qui exécute le crime soit absous de toute responsabilité parce qu'il aura cédé à une contrainte résultant de menaces qui compromettaient sa personne, d'une autorité dont les ordres ne pouvaient être discutés ou appréciés avec un discernement suffisant. Sa bonne foi enfin pourra être surprise par des artifices

coupables de nature à effacer sa culpabilité ou à la diminuer tout au moins. D'autres fois celui qui exécute le crime aura cédé librement à un sentiment de cupidité. En conséquence celui qui aura provoqué au crime par un des moyens déterminés par la loi sera toujours l'*agent principal*, sans la participation duquel le crime n'eût pas été commis. La loi considère sa provocation comme déterminante de l'exécution; il est l'âme du crime, par l'inspiration qu'il aura infusée dans l'esprit de celui qui, soit librement, soit par force, l'aura commis. Il sera toujours et nécessairement puni, tandis que son instrument sera puni ou absous suivant qu'il aura accepté librement l'empire de la provocation, ou qu'il l'aura subi sans pouvoir s'y soustraire.

3° Enfin, sont encore agents principaux ceux qui, au lieu de s'en tenir au concert ou à la provocation frauduleuse, ont participé à l'exécution « du crime, ou qui, dans l'acte même d'exé- « cution, ont efficacement prêté une aide pour en procurer la « consommation. » (Art. 102.)

La loi déclare ensuite complices :

1° *Ceux qui ont provoqué à une infraction ou donné des instructions ou directions pour la commettre.* La loi distingue, on le voit, d'une part entre le mandat qui constitue un contrat et révèle chez le mandant plus ou autant d'intérêt au crime que chez le mandataire et la provocation par dons, promesses, menaces, artifices ou abus d'autorité, et d'autre part entre la provocation simple que la loi française ne punit que lorsqu'elle se manifeste dans certaines conditions de publicité.

L'influence exercée par l'auteur de la provocation *qualifiée* est considérée comme déterminante du crime, tandis que la loi ne suppose qu'une influence indirecte, secondaire et accessoire à la provocation simple. Dans la pratique il sera quelquefois difficile de distinguer celle-ci du mandat; mais la distinction est rationnelle et juste.

Les *instructions* ou *directions* qui constituent la complicité sont encore différentes du mandat, lequel constitue plutôt un plan concerté d'avance, accepté par le mandataire et dont il ne peut s'écarter, que des *conseils* qu'il peut suivre ou laisser à son gré. Le mot *direction* indique bien la pensée de la loi; quoique pris dans sa signification absolue, il doit s'entendre de la direction à donner au crime, il me semble exprimer ici

plutôt des indications diverses, des moyens nombreux, *des renseignements* dont l'auteur du crime a profité, mais qu'il aurait pû dédaigner.

2° Ceux qui ont procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen qui ait servi à commettre l'infraction, connaissant l'usage qu'on en voulait faire.

3° Ceux qui, *sans participer immédiatement à l'exécution de l'infraction*, ont, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs dans les faits qui l'ont préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'ont consommée.

On a fait avec raison le reproche à notre législation d'avoir considéré *le recel* comme un cas de complicité. Postérieur à l'infraction et indépendant d'elle, il ne peut, au point de vue moral, constituer la complicité, mais seulement un délit distinct dans certains cas déterminés.

Le Code de Sardaigne a tenu compte de cette critique et fait du recel un délit spécial, pour empêcher, par exemple, que les malfaiteurs en trouvant asile, puissent se soustraire aux recherches de la justice, ou faire disparaître le produit de leurs rapines (art. 494 et 639, etc.).

Il résulte de cet exposé que tandis que la loi française considère comme *coauteurs* ceux qui prennent part à l'acte criminel directement et matériellement, et *complices* ceux qui n'y participent qu'indirectement par des actes intellectuels ou matériels, la loi sarde considère l'infraction comme un drame complet comprenant l'*ordre* ou le *concert frauduleux* qui organisent le crime et précèdent comme inévitablement sa consommation, et cette *consommation* elle-même, comme constituant des éléments égaux de l'existence de l'infraction. Elle nomme *agents principaux* du crime ceux qui ont joué le rôle essentiel, réservant seulement le dénomination de *complices* à ceux qui, par une provocation non déterminante, ou par des actes accessoires, ont joué un rôle purement secondaire.

Cette différence entre la participation principale et la participation accessoire de tous ceux qui ont concouru à une infraction, entraîne une différence dans la pénalité qui les frappe : *les agents principaux sont punis de la même peine que les auteurs de l'infraction. Les complices sont punis comme les auteurs de l'infraction, quand leur coopération est telle que sans elle l'infraction n'eût pas été commise; dans les autres cas, la peine*

encourue par les complices est diminuée d'un à trois degrés, *suivant les circonstances.*

Ces dispositions sont seules conformes à la justice; car il est souverainement injuste, dans la plupart des cas, de punir de la même peine les auteurs et les complices. Si tous concourent au crime, tous ne le font pas dans les mêmes limites, tous ne sont pas souillés de la même immoralité. Une des règles du droit criminel est de proportionner la pénalité au degré d'audace que l'agent a déployée. C'est pour n'avoir pas distingué suffisamment les degrés de la coopération au crime, et pour avoir déserté sur ce point les principes spiritualistes, que la loi française a méconnu cette distinction essentielle.

Qu'importe, en effet, que je n'aie pas moi-même plongé dans le sein de ma victime l'arme qui a donné la mort, si j'ai moi-même séduit le meurtrier, si, exploitant sa cupidité ou abusant de mon autorité, je l'ai poussé à la perpétration du crime? N'est-il pas vrai que, sans moi, il n'aurait jamais trempé ses mains dans le sang?.... Comment au contraire serai-je aussi coupable que celui qui frappe sa victime, parce que j'aurai eu la faiblesse de fournir l'arme au meurtrier, si d'ailleurs je ne l'ai pas provoqué au crime et si je n'y ai pas un intérêt direct?

La coopération est-elle principale intellectuellement ou matériellement, la peine doit être grave; n'est-elle qu'accessoire, la peine doit être plus douce.

La sévérité du législateur de la Sardaigne que nous avons dû signaler en plusieurs points se révèle encore en matière de complicité. Les dispositions relatives aux agents principaux et aux complices sont applicables aussi bien aux *contraventions* qu'aux crimes et délits. Le législateur français, pour repousser ce principe, avait été déterminé surtout par cette considération que la contravention n'apporte pas à l'ordre social un trouble assez grave pour qu'on doive se préoccuper de la poursuite des complices.

L'article 105 établit un principe que la jurisprudence française a mis en lumière après des controverses prolongées : « Les circonstances et les qualités permanentes ou accidentelles, inhérentes à la personne et qui excluent l'application « de la peine ou qui la font diminuer ou augmenter, par rapport à l'un des auteurs, agents principaux et complices, sont « sans influence pour exclure, diminuer ou augmenter la peine,

« relativement aux autres auteurs, agents principaux ou com-
« plices de la même infraction. »

Des dispositions spéciales sont par conséquent nécessaires pour créer des exceptions.

CHAPITRE V.

DES COUPABLES DE PLUSIEURS INFRACTIONS ET DE LA RÉCIDIVE.

SECTION Ire.

Des coupables de plusieurs infractions.

On connaît les vives controverses que l'article 365 de notre Code d'instruction criminelle sur le cumul des peines a fait naître dans la doctrine, et comment un texte applicable seulement aux matières criminelles a été étendu par la jurisprudence à toutes les infractions, parce qu'il contient un principe généreux.

Le Code sarde n'a pas voulu laisser les tribunaux s'égarer dans des contradictions et des divergences toujours regrettables, et qui témoignent encore chez nous de la nécessité d'une révision; il a posé des règles nombreuses, édifié un système général, plus sévère que celui de la jurisprudence française et même de nos Codes criminels, s'ils étaient interprétés rigoureusement et conformément aux anciennes décisions de la Cour de cassation. Parcourons ses dispositions diverses.

Lorsque la peine des travaux forcés à vie et celle des travaux forcés à temps sont en concours, la peine perpétuelle est appliquée (art. 107).

Si les deux crimes emportent chacun la peine de vingt ans de travaux forcés, on applique cette seule peine augmentée de cinq à dix ans (art. 108).

Si le même individu s'est rendu coupable de deux ou plusieurs crimes qui emporteraient des peines temporaires du même genre ou de genres différents, on applique la peine la plus forte, augmentée suivant le nombre des infractions et la nature des peines encourues. Néanmoins dans ce cas l'augmentation au delà du maximum ne pourra excéder cinq ans.

Les peines criminelles absorbent les peines correctionnelles et de simple police. Toutefois si la peine correctionnelle emportait trois ou plusieurs années d'emprisonnement, on l'ajoute

à la peine criminelle temporaire (si elle est prononcée pour moins *de dix ans*) pourvu que ce qu'on ajoute à la durée de celle-ci n'excède jamais la moitié de la peine correctionnelle encourue (art. 110).

Si le coupable a commis deux ou plusieurs délits emportant des peines correctionnelles du même genre, il est puni des peines applicables à chacun de ces délits, pourvu que réunies elles n'excèdent pas la moitié en sus du maximum fixé par la loi pour le genre de peine encourue.

Si les peines encourues sont de genres différents, elles sont prononcées simultanément (art. 112 et 113).

Celui qui a commis diverses contraventions est condamné simultanément aux peines encourues pour chacune d'elles, pourvu qu'en appliquant des peines du même genre, on n'excède pas la moitié en sus du maximum établi par la loi s'il ne s'agit que de deux contraventions, ni le double du maximum s'il y en a plus de deux (art. 115).

Les principes sont les mêmes pour le cas où un individu déjà condamné est recherché pour une infraction commise précédemment.

Les peines accessoires au sujet desquelles la controverse est vive dans la loi française, sont ajoutées dans le Code sarde aux peines principales qu'elles suivent quel que soit le nombre des infractions, parce qu'elles sont établies dans un intérêt général, et en vue du caractère propre à certains crimes ou délits.

Ce Code rejette donc complétement le système de notre jurisprudence; il fonde sa théorie sur ce principe du droit philosophique que chaque infraction doit entraîner son expiation. On ne saurait nier que son immoralité soit d'autant plus grande qu'il a succombé plus souvent. On ne peut prétendre que le pouvoir social a eu le tort de n'agir pas assez promptement pour punir la première infraction, ce qui eût prévenu la seconde, car le coupable a pris toutes les précautions pour se soustraire à ses investigations, et que d'ailleurs la voix de la conscience et la loi pénale sont des avertissements permanents qu'il n'aurait jamais dû méconnaître. Sans doute il serait trop rigoureux d'aggraver par des supplices d'un autre siècle les peines perpétuelles qui épuisent la sévérité de la loi : un seul châtiment suffit alors ; mais dans les autres cas, la loi, pour être exemplaire, doit établir une différence entre celui qui n'a failli

qu'une fois et celui qui, méprisant le remords qui suit un premier crime et l'intimidation que les lois sociales ont voulu exercer sur l'esprit des citoyens, s'enhardit à en commettre d'autres et trouble avec plus d'audace l'ordre public. La loi nouvelle consacre donc des principes qui sont fondés en morale et en droit strict et qui au lieu d'être empreints d'une faiblesse inutile, sont de nature à arrêter les malfaiteurs dans la voie du crime.

SECTION II.

La rédaction des dispositions relatives à la récidive est beaucoup plus claire dans le Code sarde que dans le nôtre. Elle fait disparaître certaines difficultés d'interprétation que M. Molinier a fait ressortir dans une dissertation remarquable. (V. *Revue critique*, 1851, p. 46 et suiv.)

La loi d'abord est plus douce quant aux récidivistes qui ont commis des crimes, mais plus sévère que la nôtre quant aux récidivistes qui ont commis des délits. On sait que l'article 58 du Code pénal ne constitue en état de récidive pour ce dernier cas que les condamnés à *l'emprisonnement de plus d'une année* qui commettent un nouveau délit. L'article 118 du Code de Sardaigne énonce un principe absolu : Est considéré comme étant en état de récidive celui qui, ayant été condamné pour crime ou délit par un jugement devenu irrévocable, aura commis un autre crime ou délit.

La peine des travaux forcés à vie n'est aggravée que par le régime rigoureux du bagne, mais jamais par la peine de mort ; ce qui chez nous est une cruauté, car cette peine irréparable dépasse de beaucoup la pénalité qui avait été jugée suffisante pour le crime.

La loi se préoccupe ensuite, pour marquer d'une façon claire et précise les conséquences de la récidive, du résultat de la condamnation, c'est-à-dire de la peine infligée plutôt que de la qualification légale du fait ; elle évite ainsi toutes les questions qui peuvent s'élever lorsque le fait qualifié crime descend par l'effet d'excuses légales dans la catégorie des délits.

Ainsi le condamné à toute autre peine que celle des travaux forcés à vie, qui se sera rendu coupable d'un autre crime, sera puni de la peine encourue par le nouveau crime, avec l'augmentation d'un ou de deux degrés.

Le condamné à une peine criminelle ou correctionnelle, qui commet un autre délit, est puni de la peine portée pour le nouveau délit, avec augmentation d'un ou de deux degrés, pourvu toutefois que cette peine n'excède jamais le double de celle établie par la loi.

La circonstance qui chez nous est essentielle pour la détermination de la récidive en matière de délits, savoir la condamnation à un an d'emprisonnement, devient une circonstance aggravante dans le Code sarde quant à la récidive, ou plutôt sert de base à une récidive exceptionnelle, *celle de délit à crime*. Celui qui commet postérieurement un crime perd le bénéfice du *minimum* de la loi (art. 124).

L'article 125 établit : « Les peines portées contre ceux qui « sont en état de récidive seront prononcées, nonobstant toute « prescription qui aurait pu courir en faveur du condamné. »

Celui qui a méconnnu un premier avertissement de la justice devient un ennemi trop dangereux de la société pour que son crime puisse être oublié ; cette doctrine peut être approuvée pour les crimes à cause du péril dont ils menacent la société et parce que la prescription étant d'une longue durée, il arrivera rarement que l'action soit prescrite avant que le crime ne soit connu. La rigueur de la loi atteindra dès lors le plus fréquemment ceux qui veulent se soustraire par la fuite aux poursuites de la justice et rentrent dans leur patrie lorsque l'action criminelle est prescrite. Ce principe appliqué aux crimes est donc rationnel, il ajoute au caractère exemplaire de la loi.

Mais appliqué aux délits, il me paraît d'une sévérité excessive, parce que la prescription s'accomplit par un temps moins long. Il arrive souvent, dans la pratique il est vrai, que l'on acquitte des prévenus parce que le bénéfice de la prescription leur est acquis ; lorsqu'on se trouve en présence d'un récidiviste, on regrette d'autant plus de ne pouvoir l'atteindre ; mais lorsque plusieurs années seront écoulées depuis l'accomplissement de la prescription, le châtiment ne ressemblera-t-il pas à une vengeance ? Les preuves n'auront-elles pas péri et le coupable n'aura-t-il pas eu le temps d'expier, par la crainte incessante des poursuites, le mal qu'il a fait ?

D'autre part, la récidive n'a-t-elle pas fait établir déjà une aggravation suffisante dans les pénalités pour qu'on vienne encore après plusieurs années ressusciter des rigueurs excep-

tionnelles pour un délit oublié? Cette disposition est d'autant plus rigoureuse que le temps exigé par la loi sarde pour que la prescription s'accomplisse est beaucoup plus long que dans la loi française, ainsi que nous le verrons bientôt.

Les dispositions sur la récidive, en matière de contravention sont semblables à celles du Code français.

Le chapitre suivant établit encore un principe qui nous est étranger, mais qu'il est facile de justifier. La prescription, quoiqu'elle soit établie dans un principe d'ordre social, est une faveur accordée au délinquant; on le relève de l'exécution d'une peine qu'on pourrait le forcer de subir, car, en droit philosophique, il doit la peine tant qu'il ne l'a pas subie; l'expiation seule purge le crime. La loi pénale admet que les tortures morales, la fuite, l'abandon des affections et des intérêts que le coupable laisse dans la patrie, constituent une expiation suffisante après un certain nombre d'années. La loi, qui doit présumer le bien plutôt que le mal, suppose aussi l'amendement du condamné.

Le Code sarde veut avec raison que l'expiation ne coure plus dès le jour où la perpétration d'un nouveau crime ou délit démontre que le condamné est indigne du bénéfice de la prescription; il n'espère plus son amendement. Celui-ci, non content de se soustraire par la fuite à l'expiation, a méconnu l'avertissement qui aurait dû toujours peser sur lui comme un cruel souvenir. Sa rechute indique que la loi avait tort de compter sur ses souffrances morales pour le ramener au bien ; à quelque époque qu'il soit saisi, il devra subir le châtiment d'un premier crime, puisqu'il ne mérite ni pardon ni merci ; la prescription sera suspendue comme si elle n'avait pas commencé à courir, elle se confondra avec celle de l'action résultant du nouveau crime ou du nouveau délit, pour n'être parfaite qu'avec celle-ci. « Art. 146. La récidive *dans les crimes* « interrompt la prescription des peines prononcées *pour crimes* « *ou pour délits*. La récidive dans les délits interrompt la pres- « cription des peines prononcées pour délits.

« Il suffira aussi, pour interrompre la prescription des peines « criminelles, d'avoir commis un crime à l'étranger, pourvu « que ce crime soit de nature à être puni d'après les disposi- « tions du présent Code et que le coupable ait été condamné « par un jugement devenu irrévocable.

« Dans ces différents cas, le temps pour prescrire ne reprendra son cours qu'à compter du jour où la prescription du nouveau crime aura commencé à courir. »

Voilà un principe puisé aux sources vraies du droit de punir et que toutes les législations devraient adopter, parce qu'il est destiné à moraliser les coupables et à protéger l'ordre social contre ceux qui espèrent trouver l'impunité dans la révolte contre toutes les lois de leur pays. Donnons-lui droit de cité, car il constitue un progrès dans la civilisation. La prescription, ne l'oublions pas, est une nécessité, mais une nécessité souvent injuste; là où elle est reconnue un mal plutôt qu'un avantage, hâtons-nous de la rayer; il est des publicistes qui se préoccupent exclusivement des principes humanitaires en droit pénal; ils repoussent tous les principes rigoureux. La loi ne doit pas avoir des rigueurs qui ressembleraient à des représailles cruelles; mais, sous prétexte de philanthropie, il faut se garder d'ébranler les bases de la société; or c'est là qu'on arrive avec les systèmes humanitaires. Pour nous, nous accueillons avec joie tout principe, quelque sévère qu'il soit, s'il est un progrès pour l'union intime qui doit exister entre l'idéal de la justice et nos lois sociales. Voilà où nous devons tendre sans cesse; et si la perfection de l'humanité est un rêve, il ne saurait en être de même de la perfection des lois qui doivent la régir. Les hommes auront toujours des passions, mais les lois doivent s'élever au-dessus d'elles dans une région inaccessible.

Un autre principe posé par l'article 128 est remarquable : En France, si la grâce ne fait pas obstacle à ce que l'infraction qui en a été l'objet soit prise en considération pour l'application des dispositions sur la récidive, il n'en est pas de même de l'amnistie; celle-ci efface complétement le délit et enchaîne la poursuite ou anéantit tous les effets de la condamnation, sauf ceux qui auraient été expressément réservés dans l'acte de clémence.

D'après le nouveau Code de Sardaigne, il n'en est pas ainsi. « Celui qui ayant joui du bénéfice des indults, ou obtenu spécialement des lettres de grâce émanés de l'autorité souveraine, à raison des infractions qu'ils auraient commises ou des peines qu'un jugement aurait prononcées contre eux, se rendront coupables de nouvelles infractions emportant les

« peines du même genre ou d'un genre plus grave, seront con-
« sidérés comme s'ils n'avaient point participé au bénéfice des
« indults ni obtenu de grâce. Ils seront en conséquence jugés
« et punis comme coupables de plusieurs infractions ou comme
« s'ils étaient en état de récidive, selon ce qui est établi dans
« les deux sections du présent chapitre. »

La moralité pratique de cette décision m'attire, et je ne doute pas qu'elle ne prenne place dans nos lois. Si l'on considère que l'amnistie, non-seulement suspend la loi en arrêtant la répression des infractions, mais encore anéantit des condamnations passées en force de chose jugée, on reconnaîtra qu'il ne faut pas étendre ses limites au delà de l'intérêt social. L'amnistie est un acte de clémence qui se justifie après des années de discordes civiles par la nécessité où est le pouvoir souverain de calmer les haines et de se concilier les cœurs; mais la clémence demande en retour la soumission aux lois. L'oubli de l'offense devient une duperie si l'on n'obtient pas ce résultat; il peut donc n'être que conditionnel. En conséquence, si les citoyens ne sont pas reconnaissants et commettent une nouvelle infraction, le bienfait de l'indult est retiré de plein droit. De quoi se plaindraient-ils, puisqu'ils se sont volontairement rendus indignes du pardon en ne réalisant pas ses conditions?

Le nouveau Code d'instruction criminelle de Sardaigne, en ce qui concerne la réhabilitation des récidivistes, n'a pas suivi les modifications que la loi du 3 juillet 1852 a fait subir à la législation française. Il ne distingue pas entre ceux qui ont encouru des condamnations criminelles ou correctionnelles; il admet tous les récidivistes à la réhabilitation, mais il éloigne le délai de ce bénéfice au double de celui fixé pour les autres condamnés.

TITRE III.

DE L'EXTINCTION DES INFRACTIONS ET DES PEINES.

Les différences les plus remarquables avec notre législation, qui ressortent de ce titre, sont relatives à l'amnistie et à la prescription.

L'amnistie n'efface point le caractère infamant des condamnations ni les peines accessoires qui sont de nature à survivre

à l'accomplissement de la peine principale, savoir l'interdiction des fonctions publiques ou celle de l'exercice d'une charge, d'un emploi, d'une profession, d'un négoce ou d'un art.

Quant à la prescription en matière criminelle, la loi distingue entre les peines *perpétuelles* et les peines *temporaires*.

L'action pénale résultant des crimes punissables de mort ou des travaux forcés à vie se prescrit par vingt ans révolus, à compter du jour où le crime a été commis, ou à compter du dernier acte de la procédure s'il y a eu poursuite.

Les arrêts portant condamnation aux peines sus-énoncées se prescrivent seulement par trente ans.

Si le *condamné* vient à être arrêté après le laps de vingt ans révolus, à compter du jour où le crime a été commis, la peine encourue est diminuée d'un ou deux degrés (art. 137).

L'action pénale résultant d'un crime de nature à entraîner des peines criminelles temporaires se prescrit par dix ans. La condamnation n'est prescrite que par vingt ans (art. 138).

En matière correctionnelle, l'action pénale se prescrit par cinq années, et la condamnation par dix.

Quant à la prescription de l'action civile, la loi fait une distinction fort sage que la jurisprudence française a quelquefois méconnue. Après avoir déclaré que l'action civile se prescrit comme l'action publique, elle ajoute : Mais l'action en restitution ou en revendication du corps du délit ou des choses qui en dérivent, ne se prescrivent qu'en conformité des lois civiles.

J'ai parcouru rapidement les principes généraux du droit pénal formulés par le nouveau Code de Sardaigne. Pour compléter cette exposition, j'essayerai plus tard, dans des études distinctes, d'apprécier les diverses infractions punies par le livre II et les règles de la procédure criminelle; mais à l'aide de ces éléments, nous pouvons juger l'œuvre des jurisconsultes italiens; elle est sérieuse et digne d'attirer l'attention de tous ceux qui en France, comme nous, désirent une révision.

Plusieurs motifs expliquent sa supériorité sur notre Code pénal. La diversité des Codes italiens ou étrangers auxquels les jurisconsultes ont emprunté leurs dispositions, l'expérience de plusieurs années et l'absence de préoccupations prétendues humanitaires qui éloignent souvent des notions les plus rationnelles du droit de punir et auxquelles on sacrifie trop facilement l'intérêt social.

Préoccupés sans doute d'assurer la répression énergique de tous les crimes, les savants jurisconsultes choisis dans les divers États de Sa Majesté le roi de Sardaigne se sont laissé entraîner quelquefois à une trop grande sévérité; mais cette sévérité est toujours conforme à la justice et ne blesse aucun sentiment d'humanité. La monarchie piémontaise est dans une situation exceptionnelle; ses divers États, liés à l'égard de leur souverain par un sentiment de reconnaissance et par les mêmes aspirations aux bienfaits de l'unité récemment inaugurée, pourraient voir leur tranquillité troublée par les passions, car les gouvernements les plus forts ont à compter avec elles; il fallait donc armer le pouvoir de lois justes et sévères qui lui permettront de mener à bonne fin l'œuvre d'assimilation des États annexés au Piémont. En proclamant immédiatement l'unité des lois dans tous ses États, Sa Majesté a obéi à un principe de haute politique, car les lois justes et morales font grandir en civilisation tous les peuples qu'elles gouvernent.

PAUL BERNARD.

FIN DE LA PREMIÈRE PARTIE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

TROISIÈME ARTICLE[1].

ERRATUM *sur le n° 35 relatif à la quatrième question.* — Exclusivement occupé dans mon second article d'établir que les conventions, qui procurent à l'un des époux une part avantageuse dans la communauté, ne peuvent être attaquées par les enfants du mariage, j'ai fait remarquer que, pour les membres de la Commission du Conseil des Cinq-Cents et pour ceux de la commission de l'an VIII, le dernier alinéa de l'article 1525 était inutile et n'était qu'une *apologie* du système de la communauté à l'adresse des pays de droit écrit. Le lecteur sait qu'aucun de ces deux projets ne rellait le titre *des Droits respectifs des époux* au titre *des Donations* ni à l'article qui correspondait à l'article 1098 du Code; c'est à cause de cela que tout en traitant cette apologie d'*inutile*, j'ai dit que le projet du gouvernement ayant été publié, on ne pouvait pas blâmer la section de législation « d'avoir « conservé cet alinéa, parce que la suppression aurait fait naître de fausses « idées sur le caractère conventionnel de la clause. »

J'aurais dû ajouter de suite : « Mais qui nous dit que la section n'a « pas senti la nécessité de le conserver pour le cas de secondes noces, quand « elle s'est déterminée plus tard à écrire les articles 1496 et 1527? Qui « nous le dit? Personne! Et dès lors il en résulte pour moi que l'article « 1527 a exprimé comme l'article 1525 que toutes les fois qu'il n'y avait « d'engagé envers le nouvel époux que *les simples bénéfices de communauté*, « il n'y avait pas d'avantage fait au préjudice des enfants du premier lit? « C'est ce que je démontrerai sous la *V° Question.* »

J'ai fait demander ma copie à l'éditeur : mon deuxième article était tiré. Je supplie les lecteurs d'y ajouter le peu de lignes que je viens d'écrire.

V° QUESTION.

SOMMAIRE.

51. Exposé de la question.
52. Arrêts qui refusent l'application de l'article 1525 du Code Napoléon au second époux, en cas d'existence d'enfants du premier lit.
53. Unanimité presque entière des auteurs sur cette doctrine.
54. Dans l'opinion de l'auteur de cet article, les conventions matrimoniales sont libres, même en secondes noces, en tant qu'elles portent sur

[1] V. le présent tome, p. 1 à 23, et p. 193 à 220.

les résultats des revenus, des travaux et des économies des deux époux, et, par conséquent, dans le cas de l'article 1525 du Code.

55. Développement du système opposé.

56. Réfutation de l'opinion régnante sous le rapport moral.

57. Suite.

58. Suite.

59. Examen de la question sous le rapport de la manière dont s'est formée la loi.

60. De l'article 1098. Son origine.

61. Que les projets du Code civil et le Code civil lui-même ont été écrits dans un autre esprit que l'édit des secondes noces. — Projet de Jacqueminot.

62. Projet de la commission ; projet de la section de législation. Amendements sur l'article 1098.

63. Explication des mots... « *ces donations...,* » « *le quart des biens...,* » « *dans aucun cas.* »

64. Que les mots « *dans aucun cas* » ne pouvant être pris que dans un sens déterminatif d'un *maximum* de quotité relatif au nombre *minimum* des enfants, on ne doit pas employer l'article 1098 pour déterminer le sens des articles 1496 et 1527.

65. Histoire de la formation des articles 1496, 1527 et 1528 du Code Napoléon, — et d'abord de l'article 1496 sur la communauté légale. — Comment introduit ? — Pourquoi ne parle-t-il pas de l'inégalité de revenus ?

66. Communauté conventionnelle. — Modifications qui font entrer dans la communauté des éléments et des charges qui n'y entreraient pas de droit commun. — Modifications qui lui ôtent certains éléments ordinaires. — Modifications qui n'en font qu'une société de gains.

67. Modifications qui rompent l'égalité du partage, ou qui font passer la communauté tout entière aux mains d'un seul époux.

68. But de l'énumération ci-dessus. Textes sur lesquels s'établit le raisonnement.

69. Il suit du régime dotal, qu'en secondes noces, le mari peut avoir tous les fruits des biens de sa femme.

70. Qu'il en est de même du contrat de mariage *sans communauté,*

71. Conséquences de ces deux exemples.

72. Explication de l'art. 1527 du Code Napoléon.

73. Division de l'article en quatre parties. — La communauté conventionnelle est permise en second mariage.

74. Les donations de propres sont réduites plutôt par l'effet de l'article 1098, que par l'article 1527.

75. Si l'article 1527 s'applique, quant à la prohibition, aux stipulations sur les acquêts.

76. Que l'*Exposé des motifs* n'est pas contraire à la doctrine de l'auteur ;

77. Qu'un passage de Pothier y est inapplicable.

78. Solution de la question VIe.

51. La cinquième question consiste à savoir ce qu'il faut décider sur l'application de l'article 1525 dans le cas de se-

condes noces et d'existence d'enfants du premier lit du prémourant au moment de la dissolution du second mariage. — Faudra-t-il alors, dans le cas où le second époux trouverait dans le résultat de la convention au delà de la valeur d'une part d'enfant le moins prenant, retrancher du résultat des bénéfices de communauté ce qui excéderait cette part d'enfant en vertu de l'article 1098 du Code Napoléon au profit des enfants du premier lit?

52. La jurisprudence constante de la Cour de cassation est en effet que la convention même qui attribue au *nouvel* époux la totalité de la communauté en vertu de l'article 1525, doit être atteinte par la réduction de l'article 1098, quoique le nouvel époux ne conserve aucune partie de l'apport en communauté (*Cassation, 24 mai* 1808; aff. Richard, P., t. VI, p. 702. — S., 8, 1, 328. — D., 8, 1, 328), et qu'il en est de même quand le contrat de mariage stipule une Société d'acquêts (*Rejet*, aff. de Portes, 13 *juin* 1855. — S., 55, 1, 513. — P., 1855, t. 1er, p. 556. *Rejet*, 13 *avril* 1858, S., 58, 1, 426. — D., 58, 1, 406. — P., 1859, p. 215, aff. Hideux c. Thierry).

Les Cours impériales jugent de même. Il est vrai que dans les espèces citées il y avait aussi donation de part d'enfant : mais si l'on eût considéré la stipulation de la totalité de la communauté comme convention de mariage non susceptible de retranchement en elle-même, la part d'enfant à titre de donation ou de legs aurait été respectée; car une vraie convention de mariage, faite sans intention frauduleuse, ne doit jamais être réduite en rien, et doit laisser exécution pleine et entière à la donation de part d'enfant.

Aujourd'hui l'on peut dire que la jurisprudence des Cours impériales est dans le même sens que la jurisprudence de la Cour de cassation.... On peut en prendre pour exemples les arrêts de Rouen dans l'affaire Hideux c. Thierry, de la Cour de Paris dans l'affaire de la marquise de Portes ci-dessus cité, et notamment un arrêt de la même Cour, du 9 juillet 1825, qui juge que la donation d'une part d'enfant au nouvel époux empêche à son égard l'effet de la stipulation des bénéfices de communauté, même dans une communauté réduite aux acquêts (*Paris*, aff. Flandin, 9 *juillet* 1825, S, *Coll. nouv. t.* 2, *p.* 111. — P., 1825, p. 686).

53. La doctrine des auteurs est conforme à la jurisprudence.

Les préjugés coutumiers étaient si puissants contre les seconds mariages que, dès la promulgation du Code, les auteurs des Pandectes françaises (*édition de* 1805, *t. XII*, *p.* 131) ont écrit contre le texte de la loi : « Quoique cette clause ne soit point « réputée donation, ni quant au fond ni quant à la forme, il « n'en est pas moins constant qu'elle renferme, en faveur de « celui qui en profite, un avantage qui, en conséquence, est « sujet à réduction en cas de secondes noces. C'est aussi ce « qui résulte de l'article 1527 ci-après. »

Ce préjugé a bien autrement triomphé; car presque tous les auteurs sont du même avis. Je n'en sache que deux qui aient dit le contraire : M. Toullier, *t. VII*, *n°* 422, qui ne fait qu'affirmer son opinion, et a promis à quatre-vingts-ans de la discuter ailleurs, ce que la mort a empêché ; et M. Duranton, *t. XV*, *édition de* 1834, *n°* 243 *et n°* 244 : car il y rappelle que l'arrêt de la Cour de Douai, cassé par l'arrêt du 24 mai 1808, aff. Richard (V. n° 52), avait jugé que les bénéfices faits pendant la communauté attribuée au survivant ne pouvaient s'imputer pour aucune portion sur la part d'enfant du second époux, conformément à la disposition finale de l'article 1527 qui ne les répute pas un avantage ; et M. Duranton rend compte de l'arrêt qui casse, et ajoute par opposition, « *Nous croyons que c'était bien jugé !* »

J'éprouve donc, non pas une hésitation, mais un profond chagrin de penser autrement que la jurisprudence régnante ; de penser autrement que les maîtres les plus éminents dans la science du droit. C'est un malheur pour un esprit sincère de sentir méconnue de presque tous une vérité importante; c'est un malheur de lutter contre un courant d'idées qui avaient précédé le Code Napoléon, et pourtant d'avoir toujours lu dans ce Code ce que ces idées, communes à tous au temps de la promulgation, ont empêché les jurisconsultes et les praticiens d'y voir, de sorte que ces idées se sont perpétuées pendant soixante ans sous le Code civil, au détriment du bien public.

54. Je pense et j'ai toujours pensé que la volonté du Code civil a été de laisser à l'enfant du premier mariage le droit d'imputer sur la *part d'enfant* du nouvel époux, non-seulement les donations par contrat de mariage sur les propres, même en usufruit; mais encore tout ce qui proviendrait en fonds et capitaux des biens de l'époux binube, apportés ou tombés

dans la communauté; au contraire, j'ai regardé comme libres et non sujettes au retranchement les conventions matrimoniales, *en tant qu'elles portent* sur les RÉSULTATS des bénéfices à faire sur les revenus, fruits et travaux de l'un ou de l'autre époux, et c'est en ce sens que j'ai toujours entendu la lettre de cette portion de l'article 1527, combinée avec l'esprit et l'économie des diverses lois composant le Code civil : « MAIS (c'est-à-dire, *contrairement* à la phrase NÉAN-« MOINS) les simples bénéfices RÉSULTANT des travaux communs « et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique « inégaux des deux époux, ne sont pas considérés comme un « avantage fait au préjudice des enfants du premier lit. »

Ainsi, quoique je ne traite ici que de la convention de l'article 1525, qui comprend le plus grand résultat possible des revenus, fruits et travaux de l'un et de l'autre époux, ma doctrine s'étend nécessairement A TOUTES LES CLAUSES de communauté conventionnelle en secondes noces, mais *en tant seulement* que la clause portera sur la destination du résultat des fruits, revenus et travaux de chacun des époux.

55. Telle est mon opinion; mais avant que de l'établir, je dois rappeler les motifs sur lesquels s'appuie la jurisprudence que je combats. Puisque les auteurs modernes sont contre moi, je n'aurai, pour bien faire connaître leurs motifs, qu'à les analyser fidèlement, sans même indiquer à qui d'entre eux appartient telle ou telle raison particulière du système.

« Leurs raisons morales sont les dangers des secondes noces pour les enfants orphelins de père ou de mère, la crainte des exagérations d'un nouvel amour. La loi qui, dans toute autre occasion, voit dans les pactes matrimoniaux des conventions de mariage plutôt que des donations, prend tout à coup le contrepied de cette présomption. Par faveur pour les enfants du premier lit, elle suppose la libéralité plutôt que le pacte de société, et fait résulter la donation, non pas seulement de l'intention de donner, mais du fait même. » — Ah! pourquoi dire alors : *Non in odium nuptiarum?*

« Or il y a avantage, continue-t-on, à attribuer *tous les acquêts* au nouvel époux, quand, en fait, le nouvel époux se trouve le survivant. Ces acquêts peuvent être considérables. Si l'on n'avait pas fait cette dérogation à la communauté légale, la nouvelle fortune appartiendrait pour

moitié aux enfants du prémier lit. Pourquoi les priver au profit du nouvel époux de la part que leur auteur a eue dans cette communauté ? »

« Qu'on ne se targue pas de ce que dans un premier mariage cette convention serait immuable. Les enfants n'y perdront rien. Si leur père meurt le premier après une communauté fructueuse, ils retrouveront la totalité dans la succession de leur mère. Mais, dans les seconds mariages, les enfants du premier lit perdraient irrévocablement la part de leur mère par son prédécès, car ils ne sont pas héritiers du second mari.

« On rappelle la rigueur avec laquelle on exécutait l'édit des secondes noces dans les pays coutumiers, où pourtant il avait quelques adoucissements qu'on ne pourrait pas y apporter aujourd'hui [1]; on veut joindre l'article 1098 du Code Napoléon avec les textes sur la communauté ; on fait remarquer que l'article 1496 sur la communauté légale y applique les principes de l'édit, et que l'article 1527 les complète, et j'ai vu même avec regret que, dans les raisonnements, on invoquait quelquefois les mots « *dans aucun cas* » de l'article 1098, lesquels me semblent n'avoir aucun trait aux actes retranchables, et se borner à l'expression de la quotité à attribuer au nouvel époux. Enfin on insiste sur ce que les avantages indirects sont plus à craindre dans la communauté conventionnelle que dans la communauté légale, à cause de la grande latitude que la loi y laisse aux futurs pour le règlement de leur association conjugale, et l'on prétend trouver dans l'*Exposé des motifs* de M. Berlier et dans la doctrine de Pothier (*Tr. du mariage* n° 552) la preuve de la doctrine générale. »

56. Je crois qu'on est souvent à côté de la vérité législative quand, à l'occasion d'une question de droit, on se jette dans les questions morales ou philosophiques. La liberté des conventions est toujours la base du droit. Elle est de droit naturel, et les articles 1134, 1387, 1497 et 1527 la consacrent civilement, soit en principe général, soit relativement à la matière même que je traite; la loi civile peut restreindre cette liberté, et quand elle l'a fait, on ne doit jamais dépasser la restriction. C'est là la règle ;

[1] Par exemple, on ne l'appliquait pas aux successions mobilières échues à la femme binube; on réputait la femme de bonne foi, en ce que les successions futures sont quelque chose d'incertain. Pothier (*Tr. du mariage*, n° 553).

car le législateur a dû peser les avantages et les inconvénients de la restriction. Il ne faut pas la dépasser.

Examinons pourtant. — Si, en premières noces, la convention de la totalité de la communauté profite à l'époux survivant, et si la moitié n'en passe pas aux enfants du défunt, ce n'est pas parce qu'ils en retrouveront la moitié dans la succession du survivant !... C'est parce que la clause en a acquis la propriété au survivant et que la convention est licite ; c'est parce qu'il ne s'agit que du résultat des fruits, revenus et travaux communs, et non des capitaux d'aucun des époux, que la loi a soustrait ce résultat à l'article 1094 du Code, comme il le soustrait aussi à l'article 1098 en tant qu'il ne comprend ni propres, ni apports, ni échutes. — Pour dire qu'on en retrouvera le produit dans la succession du survivant, il faudrait être sûr que le survivant ne sera pas dissipateur, n'éprouvera pas de revers ou ne tombera pas dans des désordres ruineux. C'est alléguer comme preuve ce qu'on ne sait pas.

Les enfants du premier lit ne sont pas les héritiers du second mari !... Mais qu'est-ce donc que le second mari gagnera par la clause de l'article 1525 qui permet aux héritiers du défunt de faire la reprise de tout ce qui est entré dans la communauté du chef de celui-ci ? Il n'y gagnera rien autre chose que le *résultat* obtenu à la fin de la communauté par les fruits, revenus et travaux de l'un et de l'autre des époux ; rien qui provienne des enfants du premier lit ; rien que le défunt ait possédé ou reçu comme propre. — Qu'est-ce donc que cette communauté et son résultat ? C'est, en secondes noces comme en premières, le produit de ce que les époux ont gagné ensemble ; c'est une prime offerte au survivant et stipulée par lui pour qu'il puisse plus aisément établir sa seconde famille. Quoi de plus moral ? quoi de plus utile ? Si la seconde communauté a été fructueuse, son état prouve que les biens propres aux enfants du premier lit ont été sagement administrés et conservés, et que tous les biens venus du prémourant sont représentés.

57. Mais, dira-t-on, la seconde communauté sera souvent très-opulente ! Cela peut arriver dans deux cas opposés, et c'est toujours dans un de ces deux cas que s'élèvent les procès. Quand un homme d'un rang élevé et jouissant d'une grande fortune est resté veuf avec enfants, surtout ayant une

ou plusieurs filles, et que son second choix, exercé dignement, tombe sur une personne d'une fortune beaucoup plus modeste qu'il laisse veuve plus tard avec de nouveaux enfants ; ou bien quand, à la mort d'un industriel, d'un commerçant, d'un fermier, même d'un cultivateur propriétaire, sa veuve, ne pouvant à la fois suffire aux soins dus à ses enfants en bas âge et à l'industrie, au commerce, ou à l'exploitation délaissée, fait le choix sage d'un nouvel époux, sans fortune, mais honnête homme, mais attaché à ses devoirs, mais instruit et habile dans la culture des terres, dans le genre de commerce ou d'industrie délaissée par le défunt : dans chacun de ces cas, il doit être permis (et mon opinion est que la loi le permet) aux parents, aux amis, aux conseils de l'époux en viduité de lui faire consentir, si l'on exige cette convention pour un second mariage, l'abandon éventuel, *en tout ou partie*, de sa part personnelle dans le résultat à obtenir à la fin de la communauté des fruits, revenus, économies et travaux communs : car c'est un moyen presque certain de diriger tous les efforts d'une nouvelle épouse à la surveillance, au bon ordre, à l'économie de l'intérieur, et de faire tendre les efforts d'un nouvel époux vers les succès qu'il peut espérer dans la profession dont il continue l'exploitation.

58. Ainsi, ce qui est permis dans les sociétés particulières, d'attribuer à l'un des associés tout ou partie des gains de la société, est et doit être permis dans la société conjugale, même en cas de second mariage. Autrement, et si aucune convention avantageuse n'est permise dans ce cas sur le résultat des gains de la seconde communauté, et que tout se borne à une part d'enfant, quand il y en a et du premier mariage et du second, il faudrait changer la loi ; car dans l'état de la société, la loi serait en opposition directe avec les bonnes mœurs : elle tendrait à substituer au mariage les sociétés commerciales ou civiles et le concubinage ; elle tendrait à n'introduire dans les seconds mariages que des maris avides de jouir des revenus, désireux de les détourner et n'en trouvant que trop d'occasions avec notre système de papiers au porteur. Mais la loi n'est pas telle que les préjugés et l'habitude l'ont faite ; elle n'a conservé d'immuables que les biens des enfants du premier lit et les biens en fonds ou capitaux échus avant et pendant le second mariage à l'époux binube ; elle laisse aux con-

ventions matrimoniales du second époux la faculté de s'exercer sur le *résultat* final des travaux, de l'industrie et des économies de chaque époux pendant le second mariage, ainsi que de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus et perçus pendant ce mariage (C. N., 1401, § 2; 1498; 1525; 1527). Cette communauté et les conventions qui l'accompagnent sont un accessoire du mariage; et ces conventions ne doivent pas être proscrites ici parce que les seconds mariages sont aussi sacrés que les premiers; parce que, comme dans les premiers, chaque époux se doit tout entier à l'autre, selon les fins civiles et naturelles du mariage; parce qu'un second mariage crée une nouvelle famille juxtaposée à la première, et que c'est pour cette seconde famille, pour sa formation et pour son entretien que la communauté a été stipulée; et parce que la société est intéressée sous le rapport des mœurs, de la tranquillité des ménages et de l'accroissement des sujets de l'État, à ne pas trop entraver les seconds mariages. Il faut donc que le nouvel époux d'une veuve chargée d'enfants et d'une profession industrielle qu'elle ne peut seule soutenir, puisse stipuler sur le résultat des gains qu'il fera presque seul; il faut qu'il puisse se livrer avec ardeur et confiance à sa profession et ne se refuse pas les joies de la paternité; il faut enfin que la seconde femme d'un homme doué d'une grande fortune ne craigne pas de sacrifier sa beauté au nombre des enfants qu'elle donnera à son mari et se dise comme les femmes germaines : *finire liberorum numerum fœdissimum est.* — Qu'en résultera-t-il en définitive, même dans le cas de la stipulation de l'article 1525? Qu'ils trouveront dans le résultat des fruits, revenus et travaux communs de quoi établir les enfants du second lit à peu près de la même manière que leurs frères et sœurs du premier lit.

On objectera que par l'effet de cette convention le père ou la mère des enfants du premier lit n'auront jamais joui de l'accroissement de fortune acquis au cours de la seconde communauté, et qu'il n'en viendra aucune part aux enfants du premier lit. — Je réponds à la première partie de l'objection qu'elle n'est point exacte; car, hors les cas extraordinaires, l'accroissement d'une communauté par les revenus, les économies et les travaux des deux époux, est presque insensible dans les premières années; il ne grandit qu'autant que cet accroissement

se montre constant pendant les dix premières; alors la communauté devient riche au bout de douze à quinze ans, opulente après vingt. Or, après un temps si long, la mère aura joui, pendant une partie de sa carrière, de l'aisance nouvelle et de la tranquillité d'esprit qu'elle procure; elle aura de plus la certitude morale qu'un bon mari doit être un bon père, et que plus tard les enfants du second lit recevront de lui un établissement convenable. Ce n'est pas là perdre les biens que la mort nous force à quitter. Reste donc seulement la seconde partie de l'objection relative aux enfants du premier lit: il ne leur parvient effectivement rien des bénéfices de la nouvelle communauté. Mais si leur mère ne s'était pas remariée, si elle avait quitté son exploitation, abandonné son commerce ou son établissement industriel, qu'elle eût vendu son fonds à bas prix, ses marchandises aux enchères, même qu'elle eût loué les terres du premier mari et qu'elle eût vécu en rentière, le sort des enfants du premier lit se serait-il amélioré? Non! C'est prouvé par l'exemple constant des femmes qui perdent jeunes leur mari et en quittent la profession pour vivre de leur revenu en viduité avec leurs enfants. Quelque bonne que soit leur conduite, leur état demeure stationnaire ou s'appauvrit. L'élément d'accroissement n'est plus.

59. C'est assez considérer la question du côté moral. — Il faut maintenant parcourir l'histoire du droit sous le rapport de la formation et de la portée de l'article 1098, comme sous celui du plan que se sont formé sur les conventions matrimoniales les rédacteurs du Conseil des Cinq-Cents (projet Jacqueminot), les rédacteurs du projet du gouvernement, et ceux de la section de législation du Conseil d'État, surtout pour la communauté conventionnelle, et terminer par analyser non pas l'article 1525, que j'ai examiné sous les *Questions III*e et *IV*e, mais surtout l'article 1527, qui, selon moi, régit toutes les conventions matrimoniales portant sur le résultat des fruits, revenus et travaux de chacun des deux époux.

60. Je parlerai d'abord de l'article 1098.

Il a été tiré du premier chef du célèbre Édit des secondes noces de François II du mois de juillet 1560, rendu à l'occasion du mariage du comte de Clermont avec la marquise douairière d'Aligre, qui avait sept enfants du premier lit et faisait d'immenses donations à son nouvel époux. Cette ordonnance était

tirée de la loi *Hâc edictali*, 6, C., *De secundis nuptiis*. Le style amer du préambule[1] de cette loi indique bien qu'elle naissait d'une circonstance particulière et qu'elle était dictée par l'esprit aristocratique de conservation des biens dans les familles, si chère aux pays de coutumes. Ce premier chef était ainsi conçu : « Ordonnons que les femmes veuves, ayant enfants « ou enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvelles « noces, ne pourront, *en quelque façon que ce soit*, donner de « leurs biens, meubles, acquêts, ou acquis par elles d'ailleurs « que de leur premier mari, ni moins leurs propres, à leurs « nouveaux maris, père, mère ou enfants desdits maris, ou au- « tres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude « interposées, plus que l'un de leurs enfants, ou enfants de « leurs enfants; et s'il se trouve division inégale de leurs biens « faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs enfants, les do- « nations, par elles faites à leurs nouveaux maris seront ré- « duites et mesurées à la raison de celui des enfants qui aura « le moins. »

Il est bien évident que cet édit était une loi générale venant modifier les lois locales, et qu'il s'étendait à tout ce qui pouvait parvenir au nouvel époux des biens de la veuve future épouse, par l'effet même des coutumes sous lesquelles se faisait le mariage ou des stipulations favorables qui s'y trouvaient. Les édits généraux du roi avaient force de loi et dominaient toutes les branches des législations locales.

61. Les projets du Code civil et le Code lui-même ont été écrits dans un autre esprit.

Il s'agissait de faire un corps de lois civiles, procédant toutes de la même autorité, mais ayant chacune son objet particulier.

Il était conséquent au principe de l'autorité royale qu'un édit survenu affectât toutes les parties y relatives des diverses lois locales existant avant sa publication.

[1] Il faut remarquer ici que l'édit était si sévère, qu'il entendait ne pas déroger à ceux des statuts locaux existants, qui auraient poussé la sévérité plus loin sur cet objet que l'édit lui-même. Il était, sur les deux chefs qu'il renfermait, terminé par cette disposition générale : « N'entendons par ce « présent notre édit bailler auxdites femmes plus de pouvoir et liberté de « donner et disposer de leurs biens qu'il ne leur est loisible par les coutumes « des pays, auxquelles par ces présentes n'est dérogé. »

Mais dans la préparation d'un Code, il faut tenir compte de l'ensemble du projet, de sa division en livres, en titres, en chapitres; dans un Code publié, il faut tenir compte de chaque loi particulière et de son objet, et ne faire influer une loi sur une autre loi traitant un autre sujet qu'autant que l'aura voulu le législateur.

Le projet Jacqueminot avait séparé profondément pour les mariages, les *libéralités* entre époux par contrat de mariage AU TITRE *des Donations entre-vifs*,—des *conventions* entre époux par contrat de mariage, qu'il traite AU TITRE *des Droits respectifs des époux*.

C'est au titre des *Donations entre-vifs*, article 156, que se trouve cette disposition (Fenet, t. I, p. 393) : « L'homme ou la femme qui convole à de secondes ou subséquentes noces, ayant enfants ou descendants d'un précédent mariage, ne peut donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, *et en usufruit seulement*. »

Certainement, cette disposition eût été ridicule s'il n'eût pas été permis au nouvel époux de pactiser par une convention de mariage sur les fruits, revenus et gains de la communauté à naître.

On ne trouve pas dans le projet Jacqueminot les mots « *dans aucun cas*, » dont on a tant abusé depuis.

Il ne traite que des *donations* patentes ou déguisées, directes ou indirectes; il ne traite pas des *conventions* de mariage.

Pour appliquer cet article 156 aux conventions de mariage, loi d'un autre ordre que la loi sur les libéralités, il aurait fallu un texte exprès au titre *des Donations*, ou un texte exprès au titre *du Contrat de mariage* ou *des droits respectifs des époux*.

Or ce texte ne se trouve aucunement dans le projet au titre *des Droits respectifs des époux* (Fenet, p. 432).

En effet, l'article 1er établit la plus grande liberté pour les conditions ou conventions de mariage.

Le chapitre II, *de la Communauté légale* (Fenet, p. 434 à 453), ne parle en rien de l'application de l'article 156 (source de 1098) du titre des Donations entre-vifs à la Communauté légale, et l'on n'y voit en rien le germe de l'article 1496 du Code civil.

Le chapitre III, *des diverses Conventions par lesquelles les conjoints dérogent à leurs droits légaux et de l'effet de ces con-*

ventions, traite des conventions exclusives de toute communauté entièrement étrangères à notre sujet (Fenet, p. 453 à 455); puis enfin, *de la Communauté conventionnelle* (Fenet, p. 455 à 562).

On trouve dans cette dernière partie l'énumération des pactes usités pour modifier la communauté légale, notamment l'article 151, source de l'article 1525 au Code civil. Il est cité ci-dessus, n° 32, p. 205, et comme le texte déclare que *s'il n'y a pas enfants du mariage*, la communauté appartiendra toute entière au survivant, il est évident qu'il ne s'agit en rien dans cet article des enfants d'un premier mariage.

Le projet ne s'occupe d'eux que pour défendre et annuler la clause de *communauté de tous biens présents et futurs*, article 156 (Fenet, p. 462), lorsque l'un des époux aura enfants ou descendants d'un autre lit.

Il est donc certain que la rédaction du Conseil des Cinq-Cents n'a jamais entendu que l'article prohibitif de donner autre chose que l'usufruit d'une part d'enfant le moins prenant, influât en rien sur les seconds mariages, ni dans la communauté légale, ni dans la communauté conventionnelle; elle n'en blâme sous ce rapport qu'une clause, celle de la communauté de tous biens, et défend absolument cette clause, comme non valable; ce qui l'aurait réduite à la communauté légale, à laquelle un dernier article (comme notre article 1528 du Code) déclarait que la communauté conventionnelle reste soumise pour tous les cas où la convention ne contiendrait point une dérogation spéciale.

62. Sur tous ces points, le projet de la commission du gouvernement n'est qu'une copie du projet Jacqueminot.

Je passe donc au projet de la section de législation relatif à *la portion disponible de l'époux binube*, et par conséquent à ce que le Code civil a voulu faire au titre des *Donations et testaments*.

La loi des *Donations* et de la *Portion disponible* n'avait pas pour objet les *Conventions entre époux*; on devait les trouver au titre du *Contrat de mariage* : le Conseil d'État a établi la même indépendance relative entre les lois d'ordres différents, que les premiers auteurs des projets entre les matières de leurs titres. La loi des *Donations et testaments* a donc été discutée seule en l'an XI, et sans rapport avec la loi du *Contrat*

de mariage, qui n'est venue que plus de six mois après.

A la séance du 27 ventôse an XI, M. Bigot-Préameneu présenta le chapitre VIII *des Donations entre époux* : l'article 176, emprunté aux premiers projets, portait : « L'homme ou la « femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un « second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nou- « vel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, *et* « *en usufruit seulement.* »

Ne permettre qu'une si faible donation, c'est mettre obstacle aux seconds mariages et porter les personnes qui ne pourront s'avantager à vivre dans le concubinage, dit M. Regnaud. Le second Conseil répond que l'intérêt des enfants du premier lit oblige de faire une distinction entre les seconds mariages et les premiers; mais il propose de permettre de donner la part d'enfant *en toute propriété* au nouvel époux. M. Berlier l'approuve, mais il voudrait (en modifiant sur ce point l'ancienne jurisprudence) que le nouvel époux ne pût jamais avoir la moitié ni le tiers, ce qui arrivait quand il n'existait qu'un enfant ou deux, et propose un quart en propriété pour le *maximum* de l'exercice de la faculté de donner (Fenet, t. XII, p, 416). Ces amendements sont adoptés, et dans la séance du 3 germinal, l'article devenu le 209e du projet, et depuis le 1098e du Code, reparaît purgé des mots *et en usufruit seulement*, auxquels on a substitué ceux-ci : *et sans que*, DANS AUCUN CAS, *ces donations puissent excéder le quart des biens.*

63. Quel est le sens des mots « *ces donations* » ... « *le quart des biens* » ... « *dans aucun cas?* »

Les donations, dont on parle dans l'article 1098, sont les *libéralités* de toute espèce dont traite le titre II du livre III, les *libéralités*, non-seulement faites sous la forme des donations ou testaments, mais encore les donations faites indirectement au delà de la quotité disponible, celles faites par déguisement sous une forme ou sous une autre, et celles faites à personnes interposées réellement ou à personnes présumées légalement interposées.

On n'exigera sans doute pas de moi une profession de foi plus explicite. J'appelle *donation*, toute libéralité faite dans la forme de la donation entre-vifs ou du testament : j'appelle *donation*, toute libéralité cachée sous un faux nom ou une fausse couleur.

C'est de toutes ces donations patentes ou cachées que parle l'article 1098; mais il ne parle pas, il ne peut pas parler encore *des conventions de mariage;* ce n'est pas l'objet de la loi en délibération.

Il n'en parle pas et n'en peut pas parler : car les deux projets *sur les droits respectifs des époux,* faits par les commissions antérieures, avaient regardé comme communes aux premiers et aux seconds mariages toutes les dispositions sur la communauté légale ou sur la communauté conventionnelle, sauf la prohibition en secondes noces de la communauté de tous biens; il n'en parle pas, puisque ce n'est qu'en l'an XII qu'on a décidé en quelle mesure l'article 1098 produirait effet sur les conventions matrimoniales.

Donc, en présupposant ici que le sens de l'article 1527 est que, dans les secondes noces, on ne doit pas considérer comme donations ni avantages prohibés les conventions de mariage, en tant qu'elles portent sur le résultat des travaux communs et des revenus de l'un et de l'autre époux, quoique inégaux, la conséquence directe sera que les mots « *ces donations* » doivent être pris ici dans le sens strict qu'ils ont partout au titre *des Donations et testaments.*

De même, les mots « *le quart des biens* » sont pris ici dans le même sens que dans les articles 913 et 1094, pour le quart de la succession.

Et qu'on ne réponde pas que les conquêts résultant des travaux communs et des fruits et revenus des biens des deux époux sont, pour la moitié, biens de la succession du prédécédé; ce serait une pétition de principe : car si la convention sur le résultat des fruits et des travaux communs est valable, l'effet de la convention les aura placés *ab initio* dans les biens du survivant, en vertu de l'article 711 du Code Napoléon et de la rétroactivité de l'accomplissement de la condition. Les conquêts n'auront jamais été *biens* de la succession du prédécédé.

Il ne devrait pas y avoir plus de difficultés sur le sens des mots « *dans aucun cas.* »

Le sens des mots « dans aucun cas » est qu'autrefois et dans tous les cas, on réglait *la part d'enfant* sur le nombre des enfants plus un; que le nouvel époux avait une moitié, s'il n'en existait qu'un; un tiers, si deux survivaient; un quart, si trois;

un cinquième, si quatre, etc..., mais que, *dans aucun cas*, sous le Code civil, les donations faites au nouvel époux ne pourraient excéder le quart des biens, dans les cas où il ne resterait que deux enfants, ou même un seul. La lecture de cet article ne présente que cette idée; ce qui s'est passé au conseil d'État confirme ce sentiment.

64. Ce n'est pourtant pas ainsi qu'il est toujours entendu, et dans plusieurs ouvrages d'un mérite supérieur, dans les discussions d'audience, dans les conférences entre avocats sur la question si l'on devait enlever au nouvel époux la part des bénéfices de l'époux binube, qui la lui avait attribuée par contrat de mariage, j'ai souvent vu après la citation de l'article 1496 et de l'article 1527, citer ces mots « *dans aucun cas* » de l'article 1098. Cela trouble la vue de l'esprit et fait miroiter les textes, en assimilant l'article 1098 à ces mots de l'Édit : « *Ne pourront*, EN QUELQUE FAÇON QUE CE SOIT, *donner de leurs biens..... à leurs nouveaux maris.... plus que l'un de leurs enfants.* » cela rappelle tous les souvenirs de l'ancien droit; cela fait oublier que l'article 1098 et que les articles 1496 et 1527 sont deux lois d'ordre différent; que l'un règle l'effet des donations et testaments, et que les deux autres règlent les conventions à titre onéreux dans le contrat de mariage; cela fait oublier la mesure dans laquelle l'article 1098 doit être appliqué aux conventions matrimoniales.

Si les mots « dans aucun cas » de l'article 1098 n'ont eu pour objet, au titre *des Donations*, que de régler le *maximum* auquel le nouvel époux pourrait avoir droit, dans les cas du nombre *minimum* d'enfants, et que plus tard, dans un autre titre (celui du *Contrat de mariage*), viennent un article 1496 et un article 1527, qui ordonnent l'application de l'article 1098 aux communautés pour certains cas, les mots « *dans aucun cas* » ne changeront pas de sens ; et la seule conséquence qu'on en pourra tirer sera que, dans les cas où les nouveaux articles de cette seconde loi réputeront excessives certaines conventions déterminées, et déclareront ainsi que leur excès aura l'effet d'une *donation déguisée*, l'article 1098 les fera réduire conformément à l'échelle qu'il a fixée selon le nombre d'enfants, comme s'il s'agissait de donation formelle.

Mais cela ne fait pas faire un pas à la question de savoir si, dans les conventions matrimoniales faites en secondes noces,

les stipulations sur le résultat des bénéfices, produits par les revenus, fruits et travaux de chaque époux, sont ou ne sont pas des avantages prohibés par les articles 1098 et 1527.

J'ai, je pense, prouvé sur la quatrième question, p. 193 à 220, et les plus éminents jurisconsultes sont d'accord avec moi, qu'en premières noces l'article 1525 est une convention de mariage et entre associés.

En est-il de même en secondes noces? J'estime qu'oui : car les conventions de mariage sont libres d'après les articles 1134, 1387, 1497 et 1527 du Code Napoléon, à moins que, par un texte spécial et dérogatoire au titre du Contrat de mariage, il ne soit dit clairement que l'article 1098 pourra être appliqué à cette clause, ou à toute autre consistant en une attribution au survivant de tout ou partie du résultat des bénéfices de communauté.

Or, dans l'état du projet, il est clair que, jusqu'à ce que le Code civil eût amendé les projets des deux commissions sur le *Contrat de mariage* ou sur les *Droits respectifs des époux*, nul n'aurait pu appliquer l'article 1098 à la communauté *légale*, ni l'appliquer à la communauté *conventionnelle*, en tant que la convention se serait jouée sur les bénéfices de communauté (V. le n° 61), puisque l'histoire de la formation de cette partie des projets démontre victorieusement que la volonté continue des rédacteurs des deux projets a été de respecter, même dans les seconds mariages, l'attribution totale des bénéfices de communauté.

65. Puisque le projet de la commission était sur tous ces points identiques avec le projet Jacqueminot, voyons ce qui s'est passé au Conseil d'État sur le titre du *Contrat de mariage*.

Ce titre fut présenté en assemblée générale, le 6 vendémiaire an XII, par M. Berlier au nom de la section de législation (V. Fenet, t. XIII, p. 492 et suiv.), à peu de chose près dans les mêmes termes que le Code.

La première partie du chapitre II du titre du Contrat de mariage traite de *la communauté légale* et règle ce qui la compose — activement — passivement. — Son administration pendant sa durée, — dans quels cas en arrive la dissolution, — puis, les règles du partage après l'acceptation de la femme.

Là se bornait le projet quant à la *communauté légale*, mais l'article 1527 et l'article 1528 (art. 130 et 131 du projet) sur

l'effet des secondes noces en cas *de communauté conventionnelle*, étaient écrits tels qu'ils le sont aujourd'hui (Fenet, p. 159.)

Dans la seconde rédaction du 4 brumaire an XII la section de législation a senti la nécessité d'une disposition relative aux secondes noces pour la communauté légale. De là l'article 1496 (106 *du projet*) présenté sous une rubrique spéciale et sous la forme de *complément*. « Tout ce qui est dit ci-« dessus sera observé, même lorsqu'un des époux ou tous deux « auront des enfants de précédents mariages. — Si toutefois la « confusion du mobilier et des dettes opérait au profit de l'un « des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé « par l'article 1098 au titre des *Donations entre-vifs et des tes-« taments*, les enfants du premier lit de l'autre époux auront « l'action en retranchement. »

Ainsi, sous la communauté légale, les enfants du premier lit n'auront, dans le partage de la seconde communauté, l'action en retranchement naissant de l'article 1098 que dans deux cas : celui où la confusion du mobilier des deux époux en un seul, et celui où la confusion des dettes mobilières de chacun d'eux en une même masse passive produirait une inégalité au profit du nouvel époux, ayant eu moins de mobilier ou plus de dettes que l'autre. Cette inégalité entraînerait, au détriment de ces enfants, les *capitaux* apportés par son auteur, et constituerait une donation *de capitaux*, valable jusqu'à concurrence de la part d'enfant, et retranchable pour l'excédant.

Pas un mot dans l'article 1496 sur l'inégalité des revenus entre les époux! Pourquoi? parce que sous une loi bien faite, bien divisée, bien méthodique, on n'avait pas à en parler, et que la question ne pouvait pas s'élever, non pas à cause des opinions de l'ancien droit, mais à cause DES TEXTES de l'article 1401, § 2°, qui compose *activement* la communauté de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages provenant des biens appartenant aux époux lors de la célébration du mariage ou de ceux qui leur sont échus depuis; et de l'article 1409, § 1° et § 3°, qui compose *passivement* la communauté de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage sans récompense aucune, et des intérêts des dettes personnelles à chaque époux.

Ainsi je pose en principe que le texte de l'article 1496 est

limitatif; qu'il ne parle, pour la *communauté légale* en cas de secondes noces, que des avantages résultant de l'inégalité des capitaux ou de l'inégalité des dettes confondues dans la communauté, et que c'est, non pas de cet article 1496, mais exclusivement des textes de l'article 1401, § 2°, et de l'article 1409, §§ 1° et 3°, que vient la règle que les époux communs n'ont jamais à se tenir compte de l'inégalité des fruits.

Et si l'article 1528 renvoie plus tard la *communauté conventionnelle* aux règles de la *communauté légale*, ce sera, non pas en vertu de l'article 1527, mais en vertu de l'article 1528 et du renvoi qu'il fait à l'article 1041 de la communauté légale, que les fruits et revenus de chaque époux seront entrés et confondus dans la *communauté conventionnelle*.

66. Dans la deuxième partie (*Communauté conventionnelle*) le projet de la section de législation présenté à la séance du 14 vendémiaire an XIII (qu'on peut voir dans Fenet, p. 512 à 519) offre si peu de différence avec le Code que je suivrai ici le Code lui-même (art. 1497 à 1558).

L'article 1497 commence par établir pour les époux la faculté de modifier la communauté légale par toute espèce de conventions; puis, énumérant les principales espèces de ces conventions que la volonté des époux peut faire subir à la communauté légale, elle les développe en huit sections.

Il faut remarquer surtout que l'objet de cette deuxième partie est principalement de déterminer quel sera l'effet de chaque convention dérogatoire au droit commun sur ce qui constituera la communauté et sur ce qui devra être partagé.

Certaines modifications font entrer dans la communauté, activement ou passivement, d'autres éléments et d'autres charges que les éléments et les charges dont la communauté légale est composée d'après les articles 1401 à 1420.—Telles sont celles résultant de la *communauté à titre universel* (art. 1526) et de la clause *d'ameublissement* prévue par l'article 1505, par lesquelles des immeubles, ayant appartenu à l'un des époux avant le mariage, font partie de la communauté et tombent en partage à sa dissolution avec le mobilier apporté de part et d'autre et avec les bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites pendant la communauté.

D'autres modifications excluent de la communauté des choses qui y tomberaient de plein droit, telles que la clause de *sépara-*

tion des dettes antérieures au mariage (art. 1510), la clause *d'exclusion du mobilier présent*, celle *d'apport* d'une somme déterminée (art. 1500), qui exclut tacitement de la communauté le surplus du mobilier présent et futur; de sorte que ne tomberont en partage, que les sommes expressément apportées dans la communauté, ensemble les bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites pendant le mariage sur les revenus respectifs.

Une modification bien plus profonde résulte de l'alinéa 1er de l'article 1500 : « *Les époux peuvent exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur*. Cette exclusion totale du mobilier revient à la *communauté réduite aux acquêts* de l'article 1498 ou à la *société d'acquêts* du régime dotal (art. 1581). Sous ces trois clauses si différentes dans leurs termes, le partage ne portera jamais que sur les bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux.

67. Les conventions dérogatoires peuvent rompre l'égalité du partage : telle est la convention de *préciput* au cas où l'époux survivant prélève, avant tout partage, une certaine somme ou certains effets mobiliers (art. 1415). Le mari ne peut le prendre que sur les biens de la communauté, mais alors même il peut n'y avoir pas de bénéfices, quand dans la communauté entrent d'autres biens que les acquêts; la femme, si elle ne renonce pas à la communauté, peut aussi prendre le préciput sur les fonds de la communauté; elle le prendra sur les bénéfices, si la société est réduite aux acquêts et présente des bénéfices.

C'est déroger formellement à l'égalité que de stipuler des *parts inégales* à chacun des époux (art. 1520 et 1521) : à l'un le tiers; à l'autre les deux tiers. Dans ce cas, si la communauté est réduite aux acquêts, elle ne se composera que de bénéfices à partager; s'il y a eu des apports de part ou d'autre en biens mobiliers, il pourra se trouver à partager des capitaux et des bénéfices.

Une autre dérogation est le cas de *forfait de communauté* quand il est stipulé que l'un des époux ou ses héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté (art. 1522). S'il s'agit d'une communauté d'acquêts, l'époux débiteur de la somme ne gardera que des bénéfices

de communauté; s'il y a eu des apports égaux ou inégaux, il pourra y avoir des cas où le contrat lui attribuera capitaux et bénéfices.

Enfin la plus importante des dérogations est celle de l'article 1525, où le survivant stipule *la totalité de la communauté.* Dans son espèce précise, les héritiers du prédécédé ayant le droit de faire la reprise de tous les capitaux venus de leur auteur, il ne restera que les bénéfices au survivant.— Si à la stipulation de la totalité de la communauté se joignait une stipulation qui attribuât au survivant les capitaux entrés ou à tomber dans la communauté, cette seconde stipulation serait une vraie donation par contrat de mariage.

68. J'ai cru ne devoir pas épargner au lecteur cette ennuyeuse énumération des résultats des diverses dérogations à la communauté légale prévues par les *huit premières sections* de la *deuxième partie* du *Régime en communauté*, afin de prouver que tous ces articles ont pour objet, non-seulement de déterminer le sens de chaque clause spéciale, mais surtout de déterminer les dérogations qui peuvent être apportées au partage, soit sur les capitaux, soit sur les bénéfices dans les premiers mariages.

Maintenant, afin de prouver que toutes les fois que la dérogation en faveur du second époux portera sur les fruits et bénéfices, l'enfant du premier mariage ne pourra exercer de retranchement; afin de prouver que toutes les fois que la dérogation portera sur les capitaux apportés ou tombés dans la communauté par l'époux binube, l'enfant du premier mariage aura le droit d'exercer le retranchement sur les capitaux seulement, s'il y a inégalité dans les apports et échutes; afin de prouver qu'alors que les dérogations porteront à la fois sur les capitaux et sur les bénéfices de communauté, l'enfant pourra, en cas d'inégalité, opérer le retranchement sur les capitaux, mais jamais sur les bénéfices de communauté; afin de prouver, en un mot, que tous les bénéfices de la communauté peuvent être attribués en secondes noces au nouvel époux, même sans réciprocité et sans que les enfants du premier lit puissent y trouver une donation, voyons donc les textes suivants :

DISPOSITIONS COMMUNES AUX HUIT SECTIONS CI-DESSUS.

« Art. 1527. Ce qui est dit aux huit sections ci-dessus ne limite pas à

leurs dispositions précises les stipulations dont est susceptible la communauté conventionnelle.

« Les époux peuvent faire toutes autres conventions, ainsi qu'il est dit à l'article 1387, et sauf les modifications portées par les articles 1388, 1389 et 1390.

« Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux (c'est-à-dire au mari nouvel époux, à la femme nouvelle épouse) au delà de la portion réglée par l'article 1098 au titre des *Donations et testaments*, sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion; mais les simples bénéfices *résultant* des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit.

« Art. 1528. La communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par le contrat.

SECTION IX. *Des conventions exclusives de la communauté.*

. . . . . .

« Art. 1530. — La clause portant que les époux se marient sans communauté ne donne point à la femme droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir les fruits : ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage.

« Art. 1531. Le mari conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et par suite, le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot, ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage.....

CHAPITRE III. *Du régime dotal.* — SECT. Ire. *De la constitution de dot.*

« Art. 1542. La constitution de dot peut frapper tous les biens présents et à venir de la femme.

SECTION II. *Des droits du mari sur les biens dotaux.*

« Art. 1549. Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. — Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et intérêts.

« Art. 1562. Le mari est tenu à l'égard des biens dotaux de toutes les obligations de l'usufruitier.

« DISPOSITION PARTICULIÈRE. — Art. 1581. En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. »

69. En rassemblant tous ces textes, j'entends prouver, avant même que d'expliquer l'article 1527, qu'il est permis à la

femme qui a des enfants d'un premier lit d'accorder à son second mari par convention matrimoniale tous les fruits qui proviendront de ses biens personnels, et j'en prends pour premier exemple *le régime dotal*. Une femme ayant des enfants d'un premier lit a certes le droit de se marier sous le régime dotal, et, par conséquent, si elle a une grande fortune, l'économie du mari et celle de la femme apporteront une amélioration notable dans la fortune de celui-ci. Si le second mariage dure vingt à vingt-cinq ans, et que l'administration ait été heureuse, le second mari sera presque aussi riche que sa femme. — Je sais bien que les fruits sont ici le prix de son travail et de ses soins de conservation; mais ce n'en est pas moins un exemple légal du principe que la femme a la faculté de laisser à son second mari, et malgré l'existence d'enfants du premier lit, tous les fruits à tirer de ses biens pendant la durée de son mariage, car de ces revenus annuels et prolongés, et par conséquent du résultat des bénéfices que le mari aura perçus de biens de sa femme, le mari pourra s'enrichir, sans que ses beaux-enfants aient le droit ou de s'en plaindre ou de retrancher quelque chose de la part d'enfant qui lui aurait été donnée par contrat de mariage ou depuis.

Sans quitter cette espèce, je ferai remarquer que cette conséquence résulte aussi de l'économie du Code, et que ce n'est pas sans raison politique. Le Code n'est pas aussi aristocratique que l'édit de François II, et se soucie plus de la validité des conventions et du bonheur des individus que de la *diminution des bonnes familles*. Il est dans son esprit que sous le régime dotal, le second mari même gagne tous les fruits des biens de la femme, quand la constitution est universelle. Donc, l'attribution à l'époux survivant de la totalité des bénéfices n'est pas contraire à l'esprit du Code : elle n'est pas non plus contraire à l'économie de sa rédaction. Selon moi, l'article 1098 est une loi de donation et de libéralité, non une loi de conventions de mariage; le titre *du contrat de mariage* ne l'applique qu'à deux cas en matière de communauté légale par l'article 1496; il l'applique aussi par un texte exprès (seulement, selon moi, pour tout ce qui n'est pas *simples bénéfices*) à huit sections de la communauté conventionnelle par l'article 1527; mais, à partir de là, il ne renouvelle cette application ni pour les clauses exclusives de la communauté ni pour le régime dotal. Donc,

le régime dotal sans paraphernaux est une convention matrimoniale que l'article 1098 n'atteint que pour les donations qui portent sur les fonds et capitaux.

Il n'y a guère qu'un cas, sous le régime dotal, où l'on pourrait faire une convention sur l'attribution des bénéfices résultant des fruits et revenus : c'est celui de la société d'acquêts. Or il semblerait très-naturel, très-logique et très-conforme à l'économie de la rédaction législative que la société d'acquêts du régime dotal, composée seulement des fruits des paraphernaux et des fruits des biens dotaux, ne fût pas atteinte par l'article 1098. Aussi le tribunal de Rouen, dans l'affaire Lehideux contre Thierry, disait-il qu'on ne pouvait appliquer l'article 1098 à la société d'acquêts du régime dotal, parce que la femme s'étant constitué tous ses biens, les fruits auraient appartenu tout entiers au mari, s'il n'y avait pas eu de société d'acquêts. — Il aurait pu ajouter (même en supposant qu'il y eût une différence entre la société d'acquêts et la communauté d'acquêts) que si le législateur avait voulu que la société d'acquêts du régime dotal pût être atteinte aussi par l'article 1098, il en aurait fait un article spécial à la fin du régime dotal, comme il avait placé l'article 1496 et comme il avait placé l'article 1527 à la fin de la communauté conventionnelle. — Peut-être, s'il eût tenu ce langage, l'attention des magistrats supérieurs se serait-elle portée sur l'opposition qui existe dans l'article 1527 entre la phrase « NÉANMOINS... » et la phrase adversative « MAIS LES SIMPLES BÉNÉFICES RÉSULTANT..., etc. »

70. A ce premier exemple (de la dotalité universelle et non modifiée, où la totalité des fruits appartient au second mari et lui procure des acquêts personnels), j'en ajouterai un second plus sensible encore. A la manière dont est placé l'article 1527 après les huit premières sections modificatives de la communauté, il est évident qu'il ne s'applique pas à la section IXe, *Des conventions exclusives de la communauté*, — lesquelles dépendent pourtant, quoi qu'on en dise aujourd'hui du *régime en communauté* dépouillé de la plus grande partie des effets de la communauté légale, et avaient lieu même sous l'ancien droit coutumier sous les noms de clause *d'exclusion de communauté* (Pothier, *Communauté, part.* 1re, *ch. III, art.* 8. § 3) et de *séparation contractuelle* (*là même*, § 4). — Dans le cas de *sépara-*

tion de biens, les fruits appartiennent en effet à la femme; mais elle peut les consommer entièrement dans le nouveau ménage; elle a le droit de laisser la jouissance de ses biens à son nouvel époux, qui peut consommer les fruits, et qui n'est tenu à la dissolution du mariage qu'à la représentation des fruits existants, sans être comptable du passé (art 1526). — Les enfants du premier lit n'auront pas à se plaindre de la dissipation.

On n'empêchera pas non plus une femme veuve avec enfants, quelle que soit sa fortune personnelle, de se marier *sans communauté;* et dans ce cas, tous les fruits et revenus provenant de ses biens appartiendront au second mari : c'est la loi du contrat, et ce n'est point une donation. Sera-t-il mauvais administrateur? il consommera tous les fruits; sera-t-il administrateur rigide? au bout de quelques années de mariage il convertira une partie des fruits en acquêts personnels. Ni la femme ni les enfants du premier lit n'y auront droit; car, en supposant que l'article 1527 ait le sens que lui a jusqu'ici attribué l'opinion prédominante, le sens en serait restreint par le § 1er aux HUIT SECTIONS qui le précèdent, et ne s'étendrait ni à la section IX ni au chapitre du régime dotal. A la raison, se joignent les yeux pour que le lecteur le décide ainsi.

71. Que résulte-t-il de ces exemples? Qu'en se mariant sous le *régime dotal*, le mari fait les fruits siens; qu'en se mariant sans communauté, il les fait siens encore, et qu'en définitive, dans ces deux formes principales de contrats de mariage, le second mari survivant à l'époque de la dissolution est propriétaire des bénéfices qu'il a économisés pendant le mariage, résultant soit de ses propres revenus et de ses travaux, soit des revenus des biens de sa femme et des soins journaliers qu'elle a donnés à la bonne tenue et à l'ordre de sa maison, et même des bénéfices qu'elle aura faits personnellement dans son art ou dans son commerce, puisque dans ces deux espèces générales la femme ne reprend que ses apports et ses échutes en fonds et capitaux.

Si ces deux modes principaux de contrats de mariage ne sont interdits par aucune loi à la femme binube avec enfants, et si aucun texte ne donne action à ses enfants du premier lit pour retrancher les acquêts que le second mari aura faits en conséquence, il n'y a donc rien d'extraordinaire que la loi lui permette en communauté conventionnelle d'user des clauses par les-

quelles tout ou partie des bénéfices de communauté appartiendrait à son second mari survivant à titre conventionnel et sans retranchement. Donc, attribuer à l'autre époux tout ou partie des bénéfices de communauté, même de la part de l'époux binube n'est contraire ni à la loi ni à l'ordre public, puisque la loi donne deux exemples de contrat de mariage où le mari, même le nouveau mari, gagne tous les fruits provenant des biens de sa femme, et tous ceux qu'il fait lui-même.

72. Et, pour moi, je crois que tel est le sens vrai, le sens grammatical et logique de l'article 1527. Il laisse les donations au titre des *Donations et testaments*. Le titre du *Contrat de mariage* ne contient que les *conventions de mariage*, c'est-à-dire celles qui sont regardées comme conditions intéressées de l'union ; les autres, celles qui entament le patrimoine propre de l'époux, sont faites à titre purement gratuit, sont donations. Ces conventions de mariage peuvent également être faites en premières ou en secondes noces ; seulement en premières noces entrera de droit dans les conventions de communauté le mobilier présent et futur de l'un des époux ou de tous les deux, et, sous cette forme, n'est retranchable ordinairement que ce qui concerne les immeubles et les meubles placés hors de la communauté. — Mais aussi quand il s'agit, dans les contrats, de seconds mariages, les enfants du premier lit auront droit au retranchement sur tous les fonds et capitaux non-seulement propres à l'époux binube, mais encore sur les fonds et capitaux apportés en communauté par le contrat ou tombés dans la communauté du chef de son auteur ; et pourtant ils n'auront aucun droit sur les bénéfices de communauté, c'est-à-dire sur les économies résultant de tous ces capitaux qui auront produit des acquêts ou des capitaux nouveaux pendant le mariage, parce que le propre des conventions et des conditions est d'en rendre propriétaire, à partir du contrat, celui des époux qui doit en profiter par l'événement.

Et c'est pour que l'article 1527 produisît le double effet, en cas d'action en retranchement par les enfants du premier lit, de soumettre les fonds et capitaux, apportés ou tombés dans la communauté du chef de leur auteur, au retranchement de l'article 1098, et de préserver du retranchement ce qui résultera des bénéfices sur les fruits et travaux communs, comme convention permise dans ce cas, que le législateur a énuméré ces

conventions spéciales avant l'article 1527, et a décrit la portée de chacun et ses effets sur le partage en deux phrases, dont l'une est, pour ainsi dire, l'adversaire de la première encore plus que le correctif.

73. En effet l'article 1527 doit être considéré maintenant dans ses parties constitutives.

Le premier alinéa qui rappelle la liberté générale des conventions de mariage ;

Le second, qui est la conséquence du premier, déclare le pouvoir qu'ont les époux d'ajouter aux conventions prévues dans chacune des huit sections qui précèdent toutes autres conventions modificatives de la communauté légale ; il se rattache à la liberté absolue des époux sur les conventions matrimoniales proclamée par l'article 1387, mais aussitôt il rappelle que les articles 1388, 1389, 1390 du Code Napoléon ont imposé des modifications à cette liberté générale, et croit devoir imposer les mêmes modifications à la liberté spéciale de faire de nouvelles clauses spéciales en communauté conventionnelle. Le dernier alinéa forme deux phrases bien distinctes (troisième et quatrième partie de l'article) du mot « NÉANMOINS » jusqu'aux mots « *tout l'excédant de cette portion* » et des mots « MAIS LES SIMPLES BÉNÉFICES, » jusqu'à la fin.

Il annonce dès la première phrase que, bien qu'il ne s'élèvera pas d'autres modifications à la liberté des conventions matrimoniales que celles indiquées dans le deuxième alinéa, et, par conséquent, que toutes les clauses comprises dans les huit sections qui précèdent, et toute autre clause dérogatoire à la communauté légale, soient *communes* aux seconds mariages comme aux premiers ; NÉANMOINS, en cas d'existence d'enfants d'un premier lit, il pourra naître, non pas une nouvelle prohibition, mais un obstacle légal, dans l'intérêt de ces enfants, à l'entière exécution de la clause qui tendrait *dans ses effets* à donner au second mari ou à la seconde femme au delà de la portion disponible fixée par l'article 1098.

74. Cette expression « *qui tendrait à donner* » s'applique-t-elle aux dispositions qui *en communauté conventionnelle* attribueraient, même sous la forme de conventions, quelque effet propre de l'époux ayant enfants d'un premier lit ?

Non. Toutes les dispositions, quelle qu'en soit la forme, qui tendraient à donner un propre de l'époux à l'autre, seraient

donations par contrat de mariage et tomberaient par là même sous l'application directe de l'article 1098 et sous le retranchement de cet article. La forme conventionnelle serait menteuse (*V.* n° 63); mais ce ne serait pas en vertu de l'article 1527, ce serait en vertu des articles 1098 et 1099.

Il en est de même sous l'article 1496 relatif à la communauté légale; toute disposition qui tendrait à attribuer au second époux sous la forme de convention particulière à l'époux un propre de la femme binube serait une donation par contrat de mariage soumise directement au retranchement par le seul effet des articles 1098 et 1099 : l'article 1496 n'a d'autre portée que d'indiquer les cas de retranchement pour inégalité sur les *capitaux* que la loi elle-même place dans la communauté légale.

75. Ces expressions « *qui tendrait dans ses effets à donner* » s'appliquent-elles aux stipulations qui placeraient tout ou partie des acquêts (ou bénéfices de communauté) dans le domaine du nouvel époux?

Non. Elles n'ont pas d'autre objet que de mettre hors de la communauté, relativement aux enfants de l'époux binube, et de faire considérer comme substance de sa succession future pour ces enfants, les *fonds* et *capitaux* qui, ces enfants exceptés, entrent pour tous dans la communauté conventionnelle; elles n'ont aucun rapport aux fruits et revenus, ni aux conventions qui portent sur les acquêts ou sur l'attribution des bénéfices en tout ou en partie, à l'époux survivant.

Il y a, dans le système du Code, un parallélisme parfait entre les articles 1496 et 1527 qui terminent, l'un, la communauté légale, l'autre, la communauté conventionnelle.

Ainsi il serait contradictoire que l'article 1496, ne s'occupant de rien que des capitaux excessifs entrés d'un côté dans la communauté, l'article 1527 s'occupât des fruits et revenus pour en ordonner le partage par moitié.

Mais il y a un autre point de parallélisme qui est bien plus frappant : l'article 1496 est écrit dans la vue de régler ce qui adviendra lors de la liquidation et du partage.

L'article 1527 est écrit dans la même vue.

La première phrase du troisième alinéa n'a en vue que les fonds et capitaux tombés par apports ou échutes dans la communauté conventionnelle, et d'en faire considérer l'excédant et quelquefois le tout comme retranchable.

Et la seconde a pour objet d'empêcher que les conventions de mariage sur l'attribution des bénéfices à l'un des époux, même au beau-père ou à la belle-mère, ne soient jamais retranchés, cette attribution portât-elle sur la totalité de ces bénéfices ou acquêts de communauté, lors de la liquidation.

La première phrase est donc restreinte par la seconde.

La conjonction MAIS est adversative; elle signifie *au contraire;* elle marque opposition, exception et restriction; elle exclut donc de la phrase précédente tous les bénéfices de communauté.

Elle détermine et restreint cette portion de la première phrase « *qui tendrait dans ses effets à donner,* » à signifier seulement *qui tendrait dans ses effets à donner* DES FONDS OU CAPITAUX apportés ou tombés dans la communauté conventionnelle du chef de l'auteur des enfants du premier lit.

En effet, comme il s'agit ici de la dissolution de la communauté, de sa liquidation et du partage à en faire, « *les bénéfices résultant des travaux communs* » ne sont pas, comme au jour du mariage, les *bénéfices à en résulter;* ils désignent donc la masse ou le *résultat* des bénéfices après payement des dettes et prélèvement des fonds et capitaux de chaque époux.

Les mots *bénéfices, profits, gains, acquêts* résultant à la fin de de la communauté sont termes absolument synonymes, et comprennent les meubles et les immeubles francs et libres acquis pendant sa durée, dégagés de tout ce qui était propre aux époux, et même dégagés des capitaux et des fonds qu'ils auront apportés ou qui seraient tombés dans la communauté.

Et les mots « *simples bénéfices* » signifient ici les bénéfices *sans mélange* de quoi que ce soit ayant appartenu à l'autre époux. Cette épithète de *simples,* ajoutée au mot *bénéfices*, fait d'autant mieux sentir que le sens de la phrase précédente s'applique seulement aux *fonds et capitaux* de l'autre époux, et, en même temps, qu'il s'applique à tous ces fonds et capitaux sans exception, qu'ils soient *propres, apports* ou *échutes.*

En deux mots, la section de législation a approuvé le travail des commissions *sur les communautés conventionnelles*, mais elle l'a trouvé dangereux pour les enfants du premier lit, parce que ces conventions pouvaient quelquefois comprendre des *fonds* et des *capitaux* ayant appartenu à leur père ou mère : elle a donc, dès son premier projet, écrit les articles 1527 et

1528, l'un qui renvoyait à la communauté légale, et l'autre qui, en permettant toutes ces conventions en secondes noces, ont donné aux enfants du premier lit l'action en retranchement lors du partage; mais pourtant en la leur refusant dans ce partage sur tout ce qui serait, *en résultat* et par l'effet de la liquidation, *simples bénéfices* de communauté, qu'elle défend, comme dans l'article 1525, de considérer comme avantage à leur préjudice; elle a donc restreint ainsi la première phrase de l'article 1527 et borné ce nom *d'avantage* aux conventions de mariage qui portent sur les capitaux.

76. Cependant on oppose l'*Exposé des motifs* de M. Berlier. On prétend qu'en disant « : *mais, dans tous les cas*, les simples bénéfices résultant des travaux, etc. », il a entendu parler à la fois et de la communauté légale et de la communauté conventionnelle. Dans ce passage de l'Exposé des motifs, M. Berlier, après avoir expliqué tout le système de la communauté légale, vient à l'article 1496. Il se demande « si cette communauté légale doit recevoir quelques modifications ou amendements quand les époux ou l'un d'eux auraient enfants d'un mariage précédent, et dit qu'on a trouvé la solution de la question, non dans la loi romaine, non dans l'édit de François II sur les seconds mariages, mais dans l'article 1098 déjà décrété. »

« Dans le cas de la communauté légale, il suffit donc de se référer à cet article (M. Berlier pensait donc, que la loi du contrat de mariage avait besoin pour sa limitation d'un renvoi à l'article 1098), en exprimant (ce que dit l'article 1496) que si, *par la mise de son mobilier* dans la communauté, ou *le payement de dettes* de l'autre époux, celui qui a des enfants se trouvait donner au delà de la portion disponible fixée dans l'article 1098, les enfants du premier lit auront l'action en retranchement, et *sous cette seule modification* (*V.* n° 65) le droit commun, c'est-à-dire la communauté légale peut, sans nul inconvénient, exercer son empire sur cette espèce comme sur toutes les autres. »

« On conçoit d'ailleurs, dit l'orateur du gouvernement, que la même restriction (relative à la confusion des dettes et à la confusion du mobilier des deux époux) s'étendra au cas de la communauté conventionnelle. » — Ce qui est certain, puisque l'article 1528 renvoie à l'article 1496 de la communauté légale.

— « Mais, *dans tous les cas*, ajoute-t-il, les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies, etc... ne devront pas être CLASSÉS parmi les avantages sujets à la réduction. »

C'est de ces mots « *dans tous les cas* » que quelques personnes argumentent pour soutenir que M. Berlier entendait cette phrase tant de la communauté légale (dont il venait de parler) que de la communauté conventionnelle, et qu'en conséquence, il n'a voulu parler que de la faculté de prendre les fruits et revenus communs pour éléments de la communauté légale et de la communauté conventionnelle, et non pas comme masse à partager inégalement dans les diverses clauses des communautés conventionnelles.

M. Berlier ne pouvait pas entendre ainsi ce qu'il a dit si rapidement, si transitoirement.

Quand il parle ensuite de la communauté conventionnelle, qui renferme *une foule de cas divers* susceptibles encore de se combiner entre eux, il déclare « ne vouloir pas analyser ces articles qui n'offrent qu'une série de propositions indépendantes les unes des autres, quelquefois contraires et aussi variées que la raison humaine... » Et par conséquent, quand il a parlé de la communauté conventionnelle à propos de sa différence avec la communauté légale et qu'il a dit « *mais, dans tous les cas, les simples bénéfices résultant...*, » il a entendu parler de *tous les cas* de communauté conventionnelle et non pas de la communauté légale qu'il vient d'épuiser ; il a donc entendu parler, non des bénéfices à faire, mais des bénéfices faits et tombés dans la masse à liquider.

Et cette manière d'entendre son discours est d'autant plus sûre qu'il est évident que c'est, non en vertu de l'article 1527, que, soit en communauté légale, soit en communauté conventionnelle, les fruits et revenus tombent dans ces diverses communautés avant que de produire des résultats ; dans la communauté légale, ils y tombent à mesure qu'ils naissent en vertu du § 2 de l'article 1401 ; dans la communauté conventionnelle, qui n'y déroge pas, ils y tombent en vertu de l'article 1528 qui renvoie également à l'article 1401, § 2, compris dans la partie réglant la communauté légale, comme je l'ai déjà expliqué n° 64.

77. On prétend encore que cette phrase : « *Les simples revenus*, etc., » est empruntée à Pothier, — qui n'a pourtant pas

dit *les simples bénéfices*, mais (*Traité du mariage*, n° 552) : « Le « second mari n'est censé avantagé que de ce que la femme a « apporté de plus que lui *en principal;* ce que la femme ap- « porte de plus *en revenus* n'est pas réputé un avantage prohibé « et réductible qu'elle fasse à son second mari. » — Cet emprunt est, à mes yeux, impossible!

Impossible, car la section l'aurait pris tel qu'il est; impossible, parce que la section n'en aurait pas eu besoin. L'article 1401, § 2 (14° *au projet Jacqueminot*, Fenet, t. I, p. 434; 14° *au projet de la commission*, Fenet, t. II, p. 304; 8° *au premier projet de la section*, Fenet, t. XIII, p. 494, *et au second*, p. 578), l'avait déjà dit par le renvoi de la communauté conventionnelle à la communauté légale fait en l'article 1528; les projets, depuis Jacqueminot, en avaient tous fait autant (*article unique au* § 8 *du projet Jacqueminot*, Fenet, t. I, p. 462; 159° *au projet de la commission*, Fenet, t. II, p. 334; 131° *du premier et* 138° *du second projet de la section*, Fenet, t. XIII, p. 519 et 586).

Le Code avait tout réglé sur le point dont s'occupe Pothier; mais Pothier avait eu raison là où il a écrit la phrase citée, car l'article 1401, § 2, n'existait pas alors. La coutume portait, article 220 : « *Communs en* biens meubles et conquêts immeublés; » et les *fruits* tombaient en communauté plutôt comme *meubles* que comme *fruits*. Son devoir comme commentateur était d'examiner et de décider une question que le statut municipal ne décidait pas par son texte, et que l'usage avait décidée, tandis que les auteurs du Code n'avaient rien à dire sur ce point, à cause des articles 1401, § 2, et 1528, qui le réglaient, arrêtés *dès avant l'introduction* de l'article 1527.

Ce n'est donc pas Pothier qu'on a voulu reproduire dans l'article 1527; on a voulu appliquer à tous les cas de *résultat des simples bénéfices* ce qui avait été dit en l'article 1525 et en bannir les reprises et apports de l'époux binube.

Il y avait d'ailleurs une raison puissante pour décider ainsi sous ce droit coutumier si jaloux de conservation des biens dans la famille.

Et c'est Pothier qui nous l'apprend (*Communauté*, n° 328 et suiv.). C'est qu'à la *clause de réalisation* (que le Code, dans son langage plus libéral n'appelle plus que *clause d'exclusion* ou *clause d'apport*) on avait ajouté des expressions qui en faisaient

entrer les bénéfices au profit de la famille de chaque époux par ces mots — *et aux siens* — *et à ceux de son côté et ligne.* Sous un tel appareil de précautions, il devenait impossible d'attribuer le résultat des bénéfices qu'auraient produits les revenus de chacun des époux au survivant d'entre eux, car, elles disaient que les fruits et revenus concourraient à faire naître DES PROPRES au profit des enfants ou des collatéraux (*V. la note sur le n°* 27, *p.* 197), tandis que le Code plus simple, plus libéral, plus méthodique, et qui a banni le système des propres comme l'avait déjà fait la loi de l'an II, permet formellement cette attribution.

78. Le lecteur fatigué me permettra de résoudre sans la discuter la *question VI°*. Dans tous les cas où la stipulation d'attribution des bénéfices de communauté est considérée comme convention de mariage, l'époux qui en profite a certainement droit, non-seulement d'en profiter comme propriétaire de tout ce qui lui est attribué sur les bénéfices de communauté, en vertu de la convention, mais il a droit encore de recevoir les donations directes ou indirectes résultant du contrat de mariage, ou d'un acte postérieur, dans la mesure de la portion disponible fixée par les articles 1094 ou 1098.

COIN-DELISLE.

PHILOSOPHIE DU DROIT.

DES LIMITES DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

ET DE LA SOUVERAINETÉ SOCIALE.

Par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

TROISIÈME ARTICLE [1].

Avant de placer la liberté individuelle en face d'autres libertés individuelles, en face de l'État, enfin en face des obstacles qu'elle peut se créer elle-même, je veux encore à une

[1] V. le présent tome, p. 412.

théorie que je ne partage pas opposer une théorie que je partage encore moins. L'antithèse des systèmes prépare et contribue à éclairer la discussion des difficultés.

Si, dans une exagération d'alarmes, quelques individualistes avec ou avant même John Stuart Mill, M. de Tocqueville, Daniel Stern, le moraliste américain Émerson, s'effrayent de la puissance de l'opinion comme d'un despotisme qu'il est urgent de refréner, l'exagération contraire a ses sectaires. Pour eux, l'opinion n'est pas seulement une garantie contre les excès du pouvoir social, un contre-poids à la souveraineté ; elle est la souveraineté même, et la seule souveraineté légitime. A elle seule appartient le droit de commander, et quoi qu'elle commande, elle doit être obéie. Elle ne relève pas de la raison et de la justice, parce qu'il n'y a de raisonnable et de juste que ce qu'elle approuve. Elle ne connaît pas de loi au-dessus d'elle, puisqu'il n'y a de lois que celles qu'elle crée. Elle déplace à son gré le bien et le mal, puisqu'elle attache la légitimité à tout ce qu'elle prescrit, l'illégitimité à tout ce qu'elle défend.

L'opinion doit donc être armée de pouvoirs directs, absolus, illimités ; elle a un titre suprême, non-seulement pour régner, mais pour gouverner..... Le suffrage universel incessamment en action, voilà sa voix. Elle est infaillible, car elle est la source de toute vérité. La majorité n'a jamais tort; l'erreur et l'injustice sont toujours le lot des minorités. Le droit est essentiellement l'apanage et le domaine du plus grand nombre, puisqu'il dérive de la volonté générale, qui est la plus vive expression de l'opinion.

Si les dissidents ne sont pas coupables, c'est que l'homme n'est pas maître de ses pensées, de ses affections, qu'il n'est maître que de ses actions; c'est qu'il échappe. dans l'intimité de sa conscience, à l'empire de toute volonté, à l'empire de sa volonté propre, comme à l'empire de la volonté d'autrui. Mais l'irresponsabilité de ces dissidences qui se sont traduites dans le vote n'entraîne pas, quels qu'en puissent être les motifs, l'exemption du devoir d'obéissance, parce qu'il n'y a pas de droit individuel opposable au droit collectif.

Souveraine d'elle-même, la société a trop l'instinct de sa conservation pour vouloir se faire du mal; elle est affranchie de toute tentation de suicide; elle ne peut pas se tromper sur

son intérêt, puisque sa foi est le fondement, le signe et la mesure de la raison et de la justice.

Les minorités sans protection n'ont qu'une ressource, la ressource de la persuasion, pour conquérir des convictions et réussir à imprimer dans l'avenir à la vérité contemporaine le caractère de l'erreur. Elles ont le temps devant elles et ont le droit de se relever de leurs échecs. Qu'elles agissent courageusement, qu'elles fassent des recrues, qu'elles obtiennent des désertions, et la légitimité d'aujourd'hui deviendra peut-être plus tard l'illégitimité.

Je traduis fidèlement cette doctrine renouvelée de Rousseau. Elle a trouvé, dans un publiciste espagnol dont on a récemment publié une traduction française, un interprète bien radical : « La souveraineté peut ordonner tout ce qu'elle croit « juste, parce que tout ce qu'elle croit juste est juste. » Chacun est souverain de soi-même, et nul ne s'arme et n'abuse de cette souveraineté contre ses intérêts et ses droits. La société, elle aussi, souveraine d'elle-même, ne saurait se nuire par l'exercice de sa souveraineté..... La souveraineté sur autrui, c'est la domination; la souveraineté sur soi, c'est la liberté. L'autorité sur soi doit être absolue. Son omnipotence n'a pas de périls; ses écarts emporteraient avec eux leur châtiment; les maux qu'ils produiraient seraient un puissant correctif..... Nul ne sait mieux que l'individu ce qui lui convient. Il n'emploie pas impunément ses facultés contre lui-même; les sociétés doivent avoir sur elles aussi une autorité sans limite; elles sont maîtresses absolues de la fortune et de la vie de chacun de leurs membres; la garantie qu'elles feront un bon usage de cette toute-puissance, est dans le mal qu'elles se feraient si elles n'obéissaient à l'inspiration de leurs besoins et aux exigences de leur situation..... La loi d'une société démocratique excluant tout privilége est obligatoire pour tous; chacun prévoit que cette loi pourra lui être appliquée, et il ne veut pour autrui que ce qu'il veut pour lui-même..... La souveraineté nationale, comme la souveraineté individuelle, est essentiellement bienfaisante quand elle s'exerce sur elle-même; elle n'est naturellement nuisible qu'autant qu'elle s'exerce sur autrui..... La souveraineté nationale ne saurait être injuste envers elle-même, puisque l'injustice suppose nécessairement un droit étranger auquel elle s'attaque. Toutes les lois qu'une

nation fait sur elle et pour elle sont nécessairement justes, parce qu'elles sont l'écho de sa raison, le produit de sa volonté qui est la vérité du temps.

Dans l'optimisme de sa foi démocratique, l'auteur dont je me suis borné à condenser les idées ne redoute nullement l'oppression des minorités par les majorités. La participation de tous à la souveraineté est, pour lui, une sûreté exclusive de toute préoccupation semblable ; les inégalités de classe, de condition, de fortune, de lumières, ne conservent pas d'influence funeste ; elles sont corrigées par le bienfait de la démocratie qui se mutilerait si elle faisait la guerre à quelque portion d'elle-même.

A cet éternel et monotone argument d'une prétendue identité d'intérêt, au milieu de toutes les complexités de situations si diverses, la théorie ajoute un refrain qui n'est pas lui-même exempt de monotonie : *La voix du peuple est la voix de Dieu. La vérité n'est pas immuable, parce que l'opinion à laquelle elle est subordonnée subit de grandes vicissitudes.*

Finalement, j'aime mieux l'expression de Rousseau ; et l'élève, en paraphrasant la doctrine du maître avec aggravation d'idées fausses, ne l'a laissée que plus vulnérable.

Je lis dans le *Contrat social :*

« On doit concevoir par là que ce qui généralise la vo-
« lonté est moins le nombre des voix que l'intérêt com-
« mun qui les unit : car, dans cette institution, chacun se sou-
« met nécessairemement aux conditions qu'il impose aux
« autres : accord admirable de l'intérêt et de la justice, qui
« donne aux délibérations communes un caractère d'équité
« qu'on voit s'évanouir dans la discussion de toute affaire par-
« ticulière, faute d'un intérêt commun qui unisse et identifie la
« règle du juge avec celle de la partie.

« Par quelque côté qu'on remonte au principe, on arrive
« toujours à la même conclusion, savoir : que le pacte social
« établit entre les citoyens une telle égalité qu'ils s'engagent
« tous sous les mêmes conditions et doivent jouir tous des
« mêmes droits. Ainsi, par la nature du pacte, tout acte de
« souveraineté, c'est-à-dire tout acte autenthique de la vo-
« lonté générale oblige ou favorise également tous les citoyens ;
« en sorte que le souverain connaît seulement le corps de la
« nation et ne distingue aucun de ceux qui la composent.

« Qu'est-ce donc, proprement, qu'un acte de souveraineté? Ce « n'est pas une convention du supérieur avec l'intérieur, mais « une convention du corps avec chacun de ses membres : con- « vention légitime, parce qu'elle a pour base le contrat social; « équitable, parce qu'elle est commune à tous; utile, parce « qu'elle ne peut avoir d'autre objet que le bien général, et « solide, parce qu'elle a pour garant la force publique et le « pouvoir suprême. Tant que les sujets ne sont soumis qu'à de « telles conventions, ils n'obéissent à personne, mais seule- « ment à leur propre volonté, et demander jusqu'où s'étendent « les droits respectifs du souverain et des citoyens, c'est de- « mander jusqu'à quel point ceux-ci peuvent s'engager avec « eux, chacun envers tous, et tous envers chacun d'eux.

« On voit par là que le pouvoir souverain, tout absolu, tout « sacré, tout inviolable qu'il est, ne passe ni ne peut passer « les bornes des conventions générales, et que tout homme « peut disposer pleinement de ce qui lui a été laissé de ses « biens et de sa liberté pour ces conventions, de sorte que « le souverain n'est jamais en droit de charger un sujet plus « qu'un autre, parce qu'alors l'affaire devenant particulière, « son pouvoir n'est plus compétent. » (*Contrat social*, liv. II, ch. 4.)

« ..... Le souverain n'étant formé que de particuliers qui « le composent, n'a ni ne peut avoir d'intérêt contraire au leur; « par conséquent, la puissance souveraine n'a nul besoin de « garant envers les sujets, parce qu'il est impossible que le « corps veuille nuire à tous ses membres; et nous verrons ci- « après qu'il ne peut nuire à aucun en particulier. Le souve- « rain, par cela seul qu'il est, est toujours tout ce qu'il doit « être (*Contrat social*, liv. I, ch. 7). »

Rousseau, au moins, ne va pas jusqu'à faire de l'infaillibilité de l'opinion, ou plutôt de son identité avec la vérité, un dogme social. « On veut toujours son bien, dit-il, mais on ne le voit « pas toujours (*Contrat social*, liv. II, ch. 3). »

Ce que je désire signaler dans le chef d'école, et surtout dans les disciples, c'est la tendance à ne faire à la souveraineté individuelle qu'une part excessivement petite. Le vœu de Rousseau, c'est que *chaque citoyen soit dans une parfaite indépendance de tous les autres et dans une excessive dépendance de la cité* (*Contrat social*, liv. II, ch. 12).

Le publiciste espagnol pousse l'exagération de cette idée à un tel point qu'il la fausse, et qu'au lieu de se borner à armer la société contre les individus, il arme les individus les uns contre les autres ; sous prétexte d'intérêt social, il les convie à une véritable guerre intestine, en les chargeant de se surveiller et de se dénoncer, parce que la moralité privée intéresse la moralité publique. Il admet, il encourage la révélation et la preuve des discordes domestiques ; le foyer n'aura plus de secrets ; il cessera d'être inviolable ; la publicité s'infligera comme un premier châtiment à tous les vices, à toutes les faiblesses, à toutes les défaillances ; les murs qui protégent la vie intime et assurent le lot de l'indépendance individuelle, doivent tomber.

Voici le principal argument : « Ce qui est relatif à la per« sonne des citoyens peut-il jamais être indifférent à la com« munauté dont ils font partie ? Ce qui affecte un membre « n'affecte-t-il pas le corps tout entier ? Est-ce que la société « n'est pas directement intéressée à ce que tous et chacun de « ses agrégés remplissent exactement leurs devoirs aussi bien « envers eux-mêmes qu'envers l'État, aussi bien d'hommes « publics que d'hommes privés ? Or, si la nation a intérêt à ce « que tous les citoyens accomplissent dignement leur mission, « pourquoi ne serait-il pas licite de lui signaler ceux qui se « fourvoient, pour qu'elle puisse les secourir et les pré« server ? »

Ce n'est pas seulement la vie privée de l'homme public, c'est la vie privée de l'homme privé que l'auteur livre à la publicité, c'est-à-dire aux inquisitions de l'envie et de la haine..... « Si le scandale est dangereux, répréhensible chez « l'employé public, doit-il être toléré chez les autres indivi« dus ? Il est vrai qu'un simple particulier n'est chargé d'au« cune espèce de surveillance sur ses concitoyens, que l'on n'a « pas les yeux continuellement fixés sur son uniforme. La « régularité de ses mœurs est moins nécessaire au public, mais « elle est nécessaire à sa famille, et le bon ou le mauvais exem« ple des particuliers se propage et s'infiltre ainsi jusque dans « les moindres fibres du corps social et corrompt ou améliore « insensiblement le caractère de tout un peuple. »

La publicité prévient le mal ou le corrige, tandis que la tiède quiétude du secret est le plus actif stimulant du vice..... Dans

les démocraties, on permet à chaque citoyen de dire sincèrement ce qu'il pense sur toute chose et sur tout le monde, afin d'encourager l'universalité des citoyens au devoir.

Avec une logique plus rigoureuse encore, plus inflexible, le publiciste devrait proposer, non pas d'encourager, mais d'enchaîner tous les individus à la pratique de toutes les prescriptions de la loi morale. Or, suivant lui, nos devoirs varient avec l'opinion, ils changent avec l'opinion du plus grand nombre. Tant pis pour nous si nos sentiments particuliers ne se modifient pas en même temps que les sentiments de la foule. Les sentiments d'autrui, non les nôtres, seront la règle de notre conduite privée : voilà la souveraineté sur nous-mêmes qu'on nous réserve !

Décidément, le culte de l'opinion comme souveraine, ou plutôt comme divinité sociale, est le plus sévère, le plus ombrageux, le plus impitoyable de tous les cultes.

M. Bernal, l'auteur de la théorie sur l'autorité dont je m'occupe, fait cependant grâce de la publicité aux infirmités physiques. La société n'a pas intérêt, dit-il, à leur divulgation..... Je ne crois pas que la société soit plus intéressée à la révélation des infirmités morales. Son intérêt véritable, c'est de ne pas croire, c'est surtout de ne pas accoutumer le public à croire à ces infirmités, à ces taches ; elle croit à la perfectibilité, non à la perfection humaine : pourquoi laisserait-elle constater des manquements à des devoirs dont elle ne garantit pas l'accomplissement et qui ont leur sanction ailleurs ? Quel profit retirerait-elle d'humiliations, de flétrissures jetées sur une partie de ses membres dont elle a le droit encore d'espérer des services ?

Rousseau n'est jamais allé aussi loin. Dans le dernier chapitre du *Contrat social*, il écrit : « Le droit que le pacte social donne « aux souverains sur les sujets ne passe pas les bornes de « l'utilité publique; » et il cite, en l'approuvant, une pensée du marquis d'Argenson : « Chacun est parfaitement libre en ce « qui ne nuit pas aux autres. » C'est presque la formule de John Stuart Mill.

Que la limite entre ce qui ne nuit qu'à l'agent lui-même et ce qui peut nuire à autrui soit difficile à fixer, ce n'est pas moi qui songerai à le nier; la distinction tripartite des devoirs, la distinction tripartite des morales, la classification des obliga-

tions en obligations parfaites et en obligations imparfaites, sont bonnes sans doute à consulter, mais ne fournissent pas le critérium désirable ; toutefois, l'individu a une part de souveraineté sur lui-même, et l'on ne saurait l'en déshériter sous prétexte d'embarras de délimitation. Le publiciste espagnol, qui use et abuse de la formule : *l'individu est souverain absolu de lui-même*, ne se contredit-il pas quand il livre au contrôle et à la répression de la souveraineté sociale des actes de la vie intime, des oublis de dignité personnelle, des faits secrets d'intempérance ou d'immoralité qui ne compromettent que leur auteur? Comment, d'ailleurs, concilie-t-il la liberté si entière qu'il revendique sans souci des risques pour l'expression de la pensée, avec cette inquisition qu'il attache comme une menace à l'asile domestique, dans la crainte que la corruption, si elle n'était découverte et punie, ne devînt contagieuse? Ne tient-il pas plus de compte d'un préjudice bien indirect, bien éventuel, que d'un préjudice direct et prochain?

C'est encore une des tendances de l'école de la souveraineté du nombre de comprimer, de restreindre au moins l'autorité du pouvoir religieux. Dans la préoccupation des besoins d'unité, elle s'alarme des influences contradictoires que peuvent exercer sur l'opinion le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel; elle semble regretter que le cumul dans les mêmes mains de la souveraineté religieuse et de la souveraineté sociale ne se soit pas partout perpétué.

Le publiciste espagnol va, sous ce rapport encore, bien au delà des conclusions de Rousseau. Suivant lui, l'homme est souverain de son corps, non de son esprit; s'il est le maître de ses actions, il n'est pas le maître de ses affections. L'impuissance de la volonté de l'individu sur sa pensée, sur sa croyance, implique à plus forte raison l'impuissance d'une volonté étrangère. Les actes extérieurs sont, en ce monde, du ressort de la société. Il n'y a donc point de place pour la compétence spirituelle ; elle empiéterait sur le pouvoir politique si elle touchait aux faits; elle tenterait une entreprise aussi inutile qu'odieuse si elle voulait commander à l'âme; elle empiéterait sur le pouvoir de Dieu, et une Église ne serait un pouvoir qu'autant qu'elle disposerait de pénalités terrestres.

L'argument de M. Bernal, ainsi résumé, est plus spécieux que solide. D'abord, il y a des actes extérieurs que la société ne

réprime pas, qu'elle tolère, parce qu'ils ne lui sont pas assez nuisibles pour en faire l'objet de prohibitions et de dispositions pénales. La loi divine, dont l'Église est l'interprète, ne peut-elle pas défendre ces actes? Ne peut-elle pas aussi, en vertu de son autorité propre qui vient singulièrement fortifier l'autorité du pouvoir social, défendre des actes que la société interdit dans un intérêt terrestre? Qu'importe que l'Église soit privée de moyens coercitifs et sérieusement répressifs? Une répression annoncée, attendue, n'équivaut pas à l'absence de sanction.

Quant aux pensées et aux affections, si elles ne sont pas toujours imputables à l'agent, elles engagent souvent aussi sa responsabilité, lorsqu'il n'a pas fait tous ses efforts pour les repousser, lorsqu'il les a entretenues, caressées avec complaisance. Pourquoi la puissance religieuse n'essayerait-elle pas de réfréner les mauvais instincts, de détruire les germes dangereux? Pourquoi ne descendrait-elle pas dans la conscience comme un obstacle au mal et un encouragement au bien? Comment le théoricien, qui tout à l'heure professait que *la société est directement intéressée à ce que tous les agrégés remplissent exactement leurs devoirs aussi bien envers eux-mêmes qu'envers l'État*, et qui, par suite, soumet à la vérification du pouvoir temporel et à la police civile la vie privée dans ses plus secrètes intimités, dénie-t-il à une Église le droit d'imposer, au nom de la religion, des devoirs plus étendus que ceux qui résultent de la loi sociale? Comment un théoricien, qui voudrait, au nom de la société, enlever aux individus la liberté de violer, en quoi que ce soit, la loi morale, peut-il songer à priver le prêtre du droit d'intervenir au nom de Dieu pour ajouter à l'énergie de cette loi les sanctions célestes?

Toutes nos préférences sont encore ici pour Rousseau. « Il « importe bien à l'État que chaque citoyen ait une religion qui « lui fasse aimer ses devoirs; mais les dogmes de cette reli- « gion n'intéressent ni l'État ni ses membres qu'autant que ces « dogmes se rapportent à la morale et aux devoirs que celui qui « la professe est tenu de remplir envers autrui. Chacun peut « avoir, au surplus, telles opinions qu'il lui plaît, sans qu'il « appartienne au souverain d'en connaître : car, comme il n'a « point de compétence dans l'autre monde, quel que soit le sort « des sujets dans la vie à venir, ce n'est pas son affaire, pourvu

« qu'ils soient bons citoyens dans celle-ci. » (*Contrat social*, liv. IV, ch. 8.)

Rousseau n'autorise l'État à proscrire que les religions dont les dogmes seraient exclusifs des devoirs qu'il impose.

La souveraineté religieuse, bien loin d'être une gêne pour la souveraineté sociale ou pour la souveraineté individuelle, est un secours pour l'une et pour l'autre. Elle est un secours pour la souveraineté sociale, parce qu'il n'y a qu'elle qui ait assez d'empire sur les consciences pour modifier les affections, métamorphoser les volontés et inspirer cette soumission intérieure qui est la meilleure garantie de la soumission extérieure. En tant que les deux souverainetés tendent à prévenir les explosions de l'égoïsme au préjudice d'autrui, elles sont l'une à l'autre des auxiliaires, et entre celle qui ne peut s'attaquer qu'aux effets et celle qui s'adresse à la cause, à l'inspiration même, ce n'est pas la dernière qui rend le moins de services.

Sans avoir besoin d'examiner si la morale religieuse et la morale sociale n'ont pas la même source et ne diffèrent pas seulement par l'étendue et le mode de révélation, il faut reconnaître au moins qu'elles ne peuvent vivre ensemble qu'à la condition de s'accorder sur les principes fondamentaux, et qu'une société ne subirait jamais le joug d'une religion qui heurterait tous ses intérêts, toutes ses idées, et serait, en un mot, en état flagrant d'antagonisme avec elle. Les dissidences, si nombreuses, si importantes qu'elles puissent être, ne peuvent porter que sur des points secondaires, problématiques, au moins discutables encore et à raison desquels la contradiction a peut-être plus d'avantages que d'inconvénients, parce qu'elle entrave moins qu'elle n'éclaire la souveraineté sociale. En offrant aux individus des solutions sur les problèmes de leurs destinées, en leur rappelant des intérêts plus élevés que les intérêts terrestres et qui n'ont rien d'incompatible avec eux, en leur inculquant le sentiment de leur dignité et de leur fin, elle restreint, elle affaiblit l'appétit des jouissances matérielles, amortit la violence de la personnalité, et, en apprenant à l'homme ses devoirs envers lui-même et envers Dieu, elle le fortifie pour l'accomplissement de ses devoirs envers ses semblables. Elle favorise ainsi indirectement encore l'accomplissement des devoirs envers autrui qui sont l'objet de ses prescriptions expresses. Qui oserait nier la bienfaisante influence d'idées arrêtées

sur Dieu, sur l'immortalité de l'âme, sur les récompenses et les châtiments de la vie à venir? Qui contesterait la presque impossibilité pour chacun, dans des conditions ordinaires, avec le niveau commun d'intelligence, d'arriver, par son seul effort, à ces vérités pratiques éprouvées, précises, sans lesquelles, pourtant, la conduite n'est qu'une affaire d'entraînement ou de hasard?

La souveraineté religieuse est aussi un secours pour la souveraineté individuelle. Si elle combat les excès de l'individualisme, les exigences des sens, si elle contraint l'homme à ne pas se considérer en toutes choses, mais à regarder en dehors de lui, au-dessus de lui, au delà de ce monde, et à tenir compte des rapports qui le lient à ses semblables et à l'auteur commun, elle protége cependant la personnalité humaine; elle ne peut, en effet, répandre les notions de moralité et de responsabilité sans enseigner la liberté morale, base de toutes les libertés. Revendiquant, d'ailleurs, le gouvernement de la pensée, c'est à l'esprit qu'elle emprunte ses moyens d'action sur les esprits; pourtant, elle accrédite la distinction entre, d'une part, l'idée de force, et, d'autre part, les idées de raison, de justice et de vérité. Elle est plus que jamais une sauvegarde nécessaire pour ce qui appartient à l'indépendance individuelle en face du pouvoir social, aujourd'hui que ce pouvoir est réparti dans la main du plus grand nombre; elle est un abri, un appui au moins contre les tentatives de tyrannie des majorités; elle limite le despotisme de l'opinion; elle contrarie, si elle ne l'arrête, l'envahissement brutal des individualités qui ne se rendent point et gardent dans le secret de la conscience le culte de l'idée vaincue; tout en se renfermant dans sa sphère, et seulement pour s'y défendre et s'y maintenir, elle exerce un salutaire contrôle dont la société et la liberté profitent; elle réclame, son rôle est toujours de la réclamer, l'inviolabilité de toute la portion de l'existence humaine qui n'engage point le droit d'autrui; enfin, en affranchissant du doute et des anxiétés sur le dénoûment de l'épreuve terrestre, elle donne sur tout le reste de la fermeté et du ressort aux intelligences, et, si elle les abaisse devant Dieu, elle les relève devant l'autorité civile.

Je crains presque de ne développer qu'une idée déjà revêtue d'une formule plus vive et plus nette par M. de Tocqueville :

« Pour moi, je doute que l'homme puisse jamais supporter « à la fois une complète indépendance religieuse et une entière « liberté politique, et je suis porté à penser que, s'il n'a pas « de foi, il faut qu'il serve, et, s'il est libre, qu'il croie. »

Il avait déjà dit : « Lorsqu'il n'existe pas d'autorité en ma- « tière de religion, non plus qu'en matière politique, les « hommes s'effrayent bientôt à l'aspect de cette indépendance « sans limite. Cette perpétuelle agitation de toutes choses les « inquiète et les fatigue. Comme tout remue dans le monde des « intelligences, ils veulent du moins que tout soit ferme et « stable dans l'ordre matériel, et, ne pouvant plus reprendre « leurs anciennes croyances, ils se donnent un maître. » (*De la démocratie en Amérique*, t. II, ch. 5.)

La diversité des religions, lorsque l'enseignement d'aucune d'elles n'est incompatible avec l'accomplissement des devoirs sociaux, n'est, sans nuire aux vraies attributions de la souveraineté publique, qu'une garantie de plus pour la liberté individuelle. C'est précisément parce que je veux renfermer la souveraineté publique dans la sphère qui lui est propre et lui assurer dans cette sphère la plénitude de son indépendance, qu'il me semble de toute raison de ne pas la laisser s'interposer entre les individus et les Églises qui revendiquent la direction des consciences. Je demande que l'État respecte et la liberté de croire et la liberté de ne pas croire, qu'il soit ou ne soit pas indifférent, mais qu'il reste neutre sur les matières de foi et les controverses qu'elles soulèvent.

Entre deux thèses excessives, la thèse de l'individualité presque sans frein et la thèse de l'omnipotence de l'État, comment, en tempérant l'un des principes par l'autre, en empruntant à chacun ce qu'il a de légitime, sans pourtant laisser fléchir la ligne droite, faire le départ de la vérité et de l'erreur?

A cette tâche, déjà entreprise par plusieurs, s'attachent plus de menaces que d'espérances.

§ 2.

Je puis maintenant placer la liberté individuelle en face d'autres libertés individuelles.

La liberté de l'individu a des bornes que le pouvoir social déclare, mais qu'il ne crée pas. Ces bornes sont naturelles,

comme la société dont elles sont une condition. Ma liberté limite la vôtre; votre liberté limite la mienne; c'est là une vérité que notre siècle n'a pas découverte.

Ce qui est digne de recherches, c'est le point d'arrêt, la barrière qu'aucune liberté ne doit franchir. Il ne suffit pas de dire que la raison et la justice sont pour chacun la mesure de sa souveraineté. D'abord, la justice et la raison ne sont pas comprises de tous de la même manière. Peut-être aussi, renfermée dans la sphère de la raison et de la justice, la liberté ressemblerait-elle trop à la servitude du devoir.

Je voudrais m'attacher à une idée qui me semble et plus nette et plus sûre. L'individu ne doit pas avoir la liberté de faire ce qui nuit au droit naturel que les autres individus ont de développer librement leurs facultés et aux légitimes conquêtes qui sont le résultat de leur activité.

Il y a une formule très-ancienne et très-accréditée : Chacun est naturellement maître de toute action qui n'est point nuisible aux autres. C'est la formule que la *Déclaration des droits de l'homme*, dans son article 4, a recueillie : « La liberté consiste « à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui. »

La définition prête à l'équivoque et manque par certains côtés d'exactitude. L'individu est libre de faire ce qui ne nuit qu'aux intérêts des autres individus.

M. Émile de Girardin a merveilleusement tiré parti de cette équivoque :

« Qu'entendez-vous par ces mots : *Ne pas nuire à autrui?*

« Est-ce que combattre l'esclavage et le servage là où ils existent, ce n'est pas nuire à tous les possesseurs d'esclaves et de serfs?

« Est-ce que combattre le privilége, ce n'est pas nuire à tous les privilégiés?

« Est-ce que combattre une idolâtrie, ce n'est pas nuire à tous ceux dont elle entretient la puissance?

« Est-ce que combattre un abus, ce n'est pas nuire à tous ceux dont il fait la fortune?

« Est-ce que combattre l'arbitraire, ce n'est pas nuire à tous ceux dont il constitue l'autorité?

« Est-ce que combattre l'hypocrisie, ce n'est pas nuire à tous ceux dont elle est toute la vertu?

« Est-ce que combattre l'erreur, ce n'est pas nuire à tous

ceux qui soutiennent aveuglément et sciemment qu'elle est la vérité?

« Donc, si votre définition était irréfutable, nul ne pouvant le faire sans nuire à autrui, n'aurait la liberté de combattre l'esclavage, le servage, le privilége, l'idolâtrie, l'abus, l'arbitraire, l'hypocrisie, l'erreur. » (*La Liberté*, p. 64 et 65.)

On a fait à M. de Girardin une réponse que je suis bien loin de trouver satisfaisante, bien qu'elle renferme une part de vérité : « Dans cette définition banale, la raison publique sous-entend le droit dans la *possession*, qu'il est interdit d'attaquer. En réalité, on ne nuit pas à un possesseur d'esclaves en détruisant une nature de propriété injuste, qui le rend odieux à l'humanité et trouble sa conscience quand il en a. On ne nuit pas à l'idolâtre en détruisant la superstition qui le dégrade, ni à l'hypocrite en le forçant à être franc et loyal ; pas plus qu'on ne nuirait au voleur de profession en le forçant à être honnête homme. » (H. de Lourdoueix, *la Liberté*, p. 124.)

La raison publique sous-entend le droit, et à juste titre. Mais pourquoi le mot de *possession*? Est-ce que le droit implique nécessairement la possession? Mais ce n'est pas là le plus grand vice de la réponse. Pour maintenir la liberté, elle conteste le préjudice qu'elle peut causer. L'individu, dit-elle, ne nuit pas à l'intérêt d'un autre individu en le contraignant à remplir son devoir. Ce n'est pas nuire au voleur de profession que de le forcer à être honnête homme.

Je ne saurais admettre que la liberté de l'un puisse aller jusqu'à imposer l'accomplissement du devoir à l'autre. La liberté, ce n'est pas la liberté du bien, c'est aussi la liberté du mal dans une certaine mesure. C'est cette mesure qu'il est difficile de déterminer. L'individu a la liberté d'empêcher le voleur de voler ; mais il n'a pas la liberté, ni même le pouvoir d'empêcher le voleur d'avoir de mauvais sentiments, d'illégitimes convoitises. Toutes les lois de morale ne peuvent être imposées par la contrainte, même au nom de la société ; à plus forte raison ne peuvent-elles être imposées au nom d'un individu quelconque.

Je corrigerais la déclaration des droits, et je dirais, la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas *aux droits d'autrui*. Mais cette correction, je la trouve dans la constitution du 3 septembre 1791 (tit. Ier, n° 3, § 7). La liberté ne consiste

qu'à pouvoir faire tout ce qui ne nuit ni *aux droits d'autrui* ni à la sûreté publique. *Aux droits d'autrui !* Cette expression comprend le droit individuel et le droit social. Ces deux droits n'ont ni la même nature ni la même mesure.

Quel est d'abord le droit individuel qu'aucune liberté ne peut entamer? C'est là le problème qu'il faudrait élucider et que chacun semble prendre à tâche de fuir. Il y a des auteurs qui poussent la franchise jusqu'à dire qu'il est insoluble. Mais alors pourquoi tant parler du droit individuel, vraie limite de la liberté d'autrui, si cette limite est une inconnue qu'on ne saurait dégager ?

M. Dupont White, que nous citerons tout à l'heure, a écrit qu'il n'essayerait pas une définition du droit individuel, et il s'est prévalu de l'invincible obscurité qui défend les approches de certains problèmes (*l'Individu et l'État*, p. 312, 313).

A la page 13 de son livre si intéressant, il s'était montré plus hardi et il avait abordé la difficulté. Je lis :

« Nul ne peut être tenu d'obéir à la simple volonté de son semblable : l'obéissance n'est due qu'à la loi, expression présumée de la raison.

« Nul ne peut être traité, même par les lois, d'une façon incompatible avec les éléments et les fins de sa nature.

« Nul ne peut être exclu d'une participation proportionnelle à ce qu'il vaut, dans la formation des lois, dans le gouvernement de la société.

« Tels sont en substance les droits humains. »

J'écarte la dernière de ces trois propositions, parce qu'elle soulève une question d'origine du pouvoir et de distribution de souveraineté politique. Elle rappelle l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation..... »

M. Dupont White l'a reconnu lui-même. La question de la liberté individuelle est étrangère à la question de l'origine du pouvoir ; elle ne se rattache qu'à la question de compétence et de limite de la souveraineté sociale. Mais je ne place pas encore la liberté individuelle en face de la souveraineté de la société. Je mets en présence deux libertés, deux souverainetés individuelles.

M. Dupont White, dans une autre partie de son livre, a, sinon défini, au moins énuméré les principaux droits naturels : « Certains droits de l'État, entre autres le maintien de l'ordre, sont incontestables. D'un autre côté, on ne peut non plus révoquer en doute les droits de l'individu relatifs à la famille, à la propriété, au travail, à l'échange, à la locomotion. » (P. 344.)

L'article 2 de la déclaration des droits de l'homme dit que les droits naturels et imprescriptibles sont la liberté, la propriété, la sûreté, la résistance à l'oppression. L'expression de *liberté* résume tous les droits énumérés à sa suite... Je ne critique point. La meilleure définition de la liberté est peut-être dans l'énumération des principaux droits qu'elle renferme. Sécurité pour la personne, sécurité pour le déploiement et pour le produit des facultés de l'homme, voilà le droit naturel de tout individu. Entre les individus, titre égal à cette sécurité, voilà la justice, c'est-à-dire la loi qui maintient chacun tant dans la véritable borne de ses aptitudes comme agent actif, que de ses droits créés, réalisés, comme propriétaire.

On a pourtant adressé des objections à presque toutes les parties de cette définition. La liberté, a-t-on dit, n'est point un droit, ou plutôt, c'est plus qu'un droit; si l'on veut parler exactement, c'est le droit en principe. Les mots *droit* et *liberté* sont synonymes. Ranger la liberté parmi les droits naturels, c'est ne rien dire, sinon que le droit est le droit..

Le reproche a le mérite de la singularité. De ce que la liberté renferme tous les droits naturels, on en conclut que la liberté ne peut pas figurer en tête des droits naturels, dont elle est, en même temps que la source, l'expression la plus complète ! La définition, dit-on, n'ajoute rien à la chose définie ! Mais elle cesserait d'être exacte avec l'addition du plus petit élément. La définition n'amplifie pas, elle éclaircit; elle remplace un terme par un autre, avec l'espérance que la substitution jettera plus de lumières sur l'objet défini.

Une seconde objection a plus de valeur : la propriété n'est pas un droit naturel; c'est un droit acquis. Le droit naturel, c'est la faculté d'appropriation. La propriété, c'est le résultat de l'exercice de cette faculté, et l'on cite la définition de Reid : « Le droit de propriété n'est pas naturel, mais acquis. Il ne dérive pas de la constitution de l'homme, mais de ses actes. »

Le droit de propriété dérive médiatement de la constitution de l'homme, puisque l'homme a des aptitudes, des instincts et des besoins qui aboutissent à une assimilation de certaines choses à sa personne et qui en font, comme on l'a dit, un prolongement de ses facultés. Toutefois, la remarque a de la justesse. La faculté assimilatrice ne doit pas être confondue avec la chose assimilée.

La dernière objection est dénuée de tout fondement. Elle dit que la résistance à l'oppression n'est point un droit naturel, puisque cette résistance n'a lieu que quand le droit a été violé. *L'usage de la force est un fait et rien de plus.* — Oui, mais le droit de faire respecter par la force son droit à la liberté est une sanction. Ce n'est pas un simple fait, c'est le droit d'accomplir le fait; c'est le titre à la contrainte et non pas seulement la contrainte elle-même. De ce que la faculté de contraindre est l'appendice des droits en général, il n'est pas permis d'inférer qu'elle n'est pas un droit distinct. La faculté de défendre sa liberté est, je le veux, une dépendance nécessaire de la liberté, mais elle n'en est pas moins pour cela un droit naturel.

La Constitution du 3 septembre 1791 (tit. Ier, § 3) a donné une explication plus détaillée des droits qu'elle entendait garantir. Mais elle a eu soin d'ajouter qu'elle les garantissait comme droits *naturels* et *civils*. Dans cette explication, elle ne distingue pas ce qui est droit civil et ce qui est droit naturel. Elle ne fait donc pas faire un pas à notre question.

« La Constitution garantit comme droits naturels et civils :

« La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir sans pouvoir être arrêté ni détenu que selon les formes déterminées par la Constitution;

« La liberte à tout homme de parler, d'écrire, d'imprimer et publier ses pensées, sans que ses écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication, et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché;

« La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police;

« La liberté d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement.

« Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte

atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre. »

On a très-bien démontré que le droit de pétition, comme le droit de participer par l'élection au gouvernement, n'est qu'un droit politique qui n'est pas inhérent à la qualité d'homme libre, qu'il peut bien être une garantie des droits naturels, mais qu'il ne se confond pas avec eux.

La Constituante pensa évidemment, avec un de ses membres, qu'un article qui garantit la liberté fait plus pour elle qu'un article qui la déclare. — Je ne vois pas au nombre des droits naturels le droit de travailler et de choisir son industrie; mais ce droit est évidemment compris dans la faculté d'appropriation. Au reste, cette application du droit de développer ses facultés est proclamé dans l'article 7 du décret du 2 mars 1791 : « A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon. » Dès 1776, Turgot, malgré l'opposition du parlement, avait consacré la liberté du travail et de l'industrie. »

La Constitution du 24 juin 1793, dans son article 2, ajouta à la liberté, à la sûreté, à la propriété, comme droits naturels, l'égalité. On a contesté que l'égalité fût un droit de naissance. Mais l'égalité n'est encore que la liberté, le droit de chacun d'user (c'est presque la définition de Kant) de son libre arbitre en conciliant cet usage avec la liberté de tous. Je copie l'article 6 de la Constitution du 24 juin 1793. Il me semble irréprochable.

« La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature, pour règle la justice, pour sauvegarde la loi; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qui te soit fait. »

La Constitution du 5 fructidor an III maintient l'égalité au nombre des droits naturels, et elle la définit :

« Art. 3. L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse.

« L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoir. »

L'égalité, ce n'est pas l'égalité dans les résultats à obtenir; c'est l'égalité du titre pour les poursuivre.

Les droits naturels de l'individu étant la limite de la souveraineté sociale, et par suite la souveraineté sociale ayant pour limite la liberté individuelle, j'ai pensé qu'il importait d'entrer dans quelques développements sur les droits naturels. Cette opinion n'est pourtant pas celle d'un de nos publicistes les plus autorisés. M. Édouard Laboulaye a écrit que *les discussions sur les prétendus droits naturels de l'homme, discussions payées du sang de nos pères, sans profit pour la science, sans résultat pour nous, étaient inutiles et dangereuses* (*Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, p. 61). Ses motifs, il les a résumés dans une brève et concise formule : « Avant la société et hors de la société, il n'y a rien. En elle est la source et l'origine du droit. »

Le droit n'est pas plus l'effet que la cause de la société ; il n'en est pas plus le fils que le père. Si le droit n'est pas antérieur à la société, il en est le contemporain. Donc, il ne naît pas d'elle plus qu'elle ne naît de lui. Règle des rapports sociaux, il ne les crée pas, mais il n'est pas créé par eux. Il fait partie de la société ; il en est une condition. Il régularise, il concilie les droits de chacun et les droits de tous. Il fait les parts entre l'autorité et la liberté, c'est-à-dire entre deux principes qui ne sont que par accident en état d'antagonisme et d'hostilité. Il prévient les empiétements réciproques ; et la limite, car il n'est qu'une limite, implique les droits naturels du pouvoir et les droits naturels de l'individu.

Si M. Laboulaye ne voulait dire qu'une chose, c'est que les droits naturels de l'individu ne sont pas des droits qui appartiendraient à l'homme avant toute société, dans un prétendu état de nature, on ne pourrait qu'acquiescer à cette idée. Je n'accepte pas plus que lui cette proposition de la Constituante que « l'homme né pour être libre ne s'est soumis au régime d'une Constitution politique que pour mettre ses droits naturels sous la protection d'une force commune. » Non, l'homme n'a ni inventé ni adopté la société. S'il n'a pas été fait par elle, il a été fait pour elle. Bien que la société ne soit pas un but, elle n'est qu'un moyen providentiel de développement et d'épreuve. Je n'admets pas plus que lui que le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. L'homme est né sociable et dans un certain état social ; mais il est né aussi intelligent, moral et libre, c'est-

à-dire avec des facultés qu'il a le droit naturel d'exercer, parce qu'elles sont non-seulement compatibles, mais en harmonie avec la société.

De ce que le droit naturel n'est pas le droit qui régirait l'homme en dehors de toute société, il ne faut pas conclure avec M. Laboulaye que le droit naturel n'existe pas ou qu'il ne consiste que dans les appétits, les tendances de la nature humaine.

Le droit n'est pas non plus, comme le dit Montesquieu, la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre. Cette condition d'universalité d'application n'est pas essentielle au droit. Le droit, c'est la loi qui, en raison et en justice, est appelée par une situation déterminée, par tel ou tel rapport, ou par l'ensemble des rapports qu'il s'agit de régler. Il doit donc varier avec la nature et le caractère de la relation à laquelle il s'applique, et de ce que cette loi n'a pas été partout et toujours découverte, de ce qu'elle est restée pendant plus ou moins de temps et dans un plus ou moins grand nombre de lieux partiellement ou même complétement dans l'ombre, il n'est vraiment pas permis de dire qu'elle n'existe pas et qu'il est oiseux et même dangereux de la chercher.

M. Laboulaye cite très-abusivement, en faveur de sa thèse, des propositions très-exactes de M. de Maistre :

« Qu'est-ce qu'une Constitution ? N'est-ce pas la solution du problème suivant :

« Étant données la population, les mœurs, la religion, la situation géographique, les relations politiques, les richesses, les bonnes et les mauvaises qualités d'une certaine nation, trouver les lois qui lui conviennent.

« Une Constitution qui est faite pour toutes les nations n'est faite pour aucune : c'est une pure abstraction, une œuvre scolastique faite pour exercer l'esprit d'après une hypothèse idéale, et qu'il faut adresser à *l'homme* dans les espaces imaginaires où il habite. »

Montesquieu avait déjà dit, et M. Laboulaye s'en est souvenu : « Les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine (celle qui gouverne tous les peuples de la terre). Elles doivent être tellement propres aux peuples pour lesquels elles sont faites que c'est un très-grand hasard si celles d'une nation

peuvent convenir à une autre..... » (Montesquieu, *Esprit des lois*, l. I, ch. 1er.)

Les lois ne sont donc pas arbitraires; donc elles répondent à un type, à un type variable avec le rapport qu'elles régissent; donc, elles expriment un droit que l'homme ne fait pas, mais qu'il subit.

Ce n'est pas que l'école historique dont relève M. Laboulaye voie dans le droit une création humaine. Bien loin de faire une grande place à la puissance de l'homme, à la souveraineté individuelle, à la souveraineté sociale, elle n'en tient guère de compte, elle les annule presque. Pour elle, individus et sociétés se développent d'après un ensemble de combinaisons, de données, de tendances, résultant d'un passé qui impose son héritage et la continuation de son œuvre. Individus et sociétés, sociétés surtout, dans leurs divers âges, font ce qu'ils ne peuvent se dispenser de faire et accomplissent une tâche. Le mouvement est imprimé et il les entraîne. La régularisation de ce mouvement, voilà la plus grande ambition qui puisse tenter le pouvoir. On comprend bien que, pour cette école, il n'y a pas de droits naturels dont les titres résultent de la raison et de la justice; il n'y a que des germes, que des éléments, que des forces, qu'on pourrait abandonner à leur spontanéité, mais qu'il est convenable de féconder ou de protéger.

On l'a dit spirituellement : « Les sociétés ressemblent à un arbre qu'il faut laisser croître où il veut et comme il veut, sauf à élaguer quelques branches mortes, sauf à arracher quelques herbes parasites, sauf à l'étayer contre l'ouragan. »

A Montaigne cherchant une seule loi qui ne soit contredite et désavouée, non par une nation, mais par plusieurs, je crois qu'on peut, avec avantage, répondre : Le droit ne cesse pas d'être invariable parce qu'il renferme des éléments variés qui correspondent à la variété des situations. Le droit n'est d'ailleurs pas anéanti parce qu'il est méconnu; il n'est pas étranger aux traditions, aux mœurs, aux lumières, aux circonstances, bien qu'il ne soit pas leur œuvre. Il ne crée ni le cadre ni les faits, mais il intervient pour les rectifier, les redresser, pour en gouverner les conséquences. Si le droit suppose l'individu et la société, la société et l'individu supposent le droit, puisque la relation de l'individu et de la société est une relation fatale et qu'elle appelle une règle. Eh bien! cette règle implique des

droits naturels pour les individus et des droits naturels pour la société et pour le pouvoir qui la représente.

Ce n'est pas une théorie dangereuse; c'est une théorie parfaitement légitime, que la théorie qui proclame qu'il y a des droits individuels auxquels nulle puissance humaine ne peut toucher et qui sont indépendants de toutes les formes politiques.

La théorie qui croit aux droits individuels de l'homme n'est pas condamnée à accuser le passé. Nos devanciers ne sont pas pour elle, *les uns des tyrans, les autres des esclaves, les uns des victimes, les autres des monstres*. Dans les abus d'un temps elle sait distinguer les abus volontaires de ce qui n'était qu'une conséquence nécessaire de l'état moral et politique d'une nation pendant telle ou telle période de son histoire. Elle n'a pas *comme un refrain obligé* des déclamations contre le droit féodal; parce qu'elle comprend qu'il a pu être aussi légitime que l'est aujourd'hui le système représentatif.

M. Rossi, qui, en 1830, n'avait pas encore rompu avec l'école de Bentham, a formulé ces reproches auxquels j'essaye de répondre (*De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation; — Mélanges*, tome II, p. 388).

C'est lui qui a écrit : « Les docteurs du droit naturel ont voulu traiter l'homme comme les chimistes traitent une substance composée; ils ont voulu le mettre, s'il est permis de le dire, dans un creuset et séparer la partie humaine de la partie sociale. Vains efforts! Il n'y a pas de creuset propre à cela. Si l'homme de la société est un être composé, il est aussi un être qui résiste à tout essai de décomposition. »

Les droits naturels, comme nous les comprenons, impliquent l'existence de la société et en sont inséparables.

M. Rossi a plus tard défendu le droit naturel dans le sens où nous l'entendons. Il a proclamé que chacun a le droit et le devoir de se développer conformément à sa nature, librement, de la manière la plus complète, proportionnellement à ses forces, et sans paralyser l'action des autres. Il ne s'est pas mépris sur les noms qui appartiennent à ce droit, qu'il a appelé liberté, égalité.

John Stuart Mill, dans son livre *la Liberté*, semblait en demeure de définir les droits de l'homme. Il n'a cependant donné de ces droits qu'une définition incidente et indirecte :

« Quoique la société n'ait pas un contrat pour base, et quoi-
« qu'il ne serve de rien d'inventer un contrat pour en déduire
« des obligations sociales; néanmoins, tous ceux qui reçoivent
« la protection de la société lui doivent un retour pour ce bienfait.
« Le fait seul de vivre en société impose à chacun une certaine
« ligne de conduite envers autrui. Cette conduite consiste : 1° à
« ne pas nuire aux intérêts d'autrui, ou plutôt *à certains de ces*
« *intérêts qui, soit par une disposition légale, expresse, soit par*
« *un accord tacite, doivent être regardés comme des droits;*
« 2° à prendre chacun sa part (qui *doit être fixée d'après quelque*
« *principe équitable*) des travaux et des sacrifices nécessaires
« pour défendre la société ou ses membres contre tout dom-
« mage ou toute vexation. »

Ainsi les droits ne seraient pas distincts des intérêts et ils en dériveraient. John Stuart Mill est utilitaire avec plus de largeur que Bentham, il incline pourtant vers les mêmes idées.

A. BERTAULD.

ÉTUDE SUR LES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. Sevin, conseiller à la Cour de cassation.

CINQUIÈME ARTICLE [1].

Des cessions et subrogations de l'hypothèque légale de la femme.

C'est là, je l'ai dit, un des plus sérieux dangers du régime actuel, pour les femmes mariées en communauté. Elles ne peuvent, sans des formalités protectrices (art. 2144) restreindre en faveur de leurs maris l'hypothèque que la loi leur accorde; elles peuvent la céder entièrement ou y renoncer au profit de tiers, par un simple acte de leur volonté. Ce n'est pas à dire, comme le proposait Cambacérès, qu'il faille aller jusqu'à la résurrection du sénatus-consulte Velléien; ce n'est même pas qu'il convienne d'imposer aux femmes mariées, ainsi qu'on l'avait demandé dans l'enquête de 1841, la néces-

[1] V. t. XIX, p. 394.

sité de certaines autorisations, soit judiciaires, soit de famille, pour s'engager et engager leurs reprises. Le seul remède à indiquer, c'est le recours au régime dotal, régime de méfiance et d'obstacles qui maintient la femme en perpétuelle incapacité, qui entrave tout pour sauver tout : le régime de la communauté repose sur la confiance, sur l'égalité des sexes, sur la capacité de la femme pour s'engager, sur son association aux charges et aux bénéfices de l'union conjugale. Chacun de ces régimes a ses inconvénients et ses avantages : il faut savoir choisir.

Quelques-uns ont voulu cumuler, et obtenir, par un mélange singulier, les bénéfices de la communauté en même temps que les profits du régime dotal. De là ces contrats de mariage que j'ai déjà signalés, où, sous la forme d'une stipulation de la reprise d'apports francs et quittes, la femme renonçante prétendait se dégager vis-à-vis des créanciers de la communauté, de ceux même envers qui elle se serait obligée. La Cour de cassation a admis la validité de pareilles clauses, mais seulement pour le cas où l'on y verrait formellement stipulée une soumission partielle au régime dotal[1]; elle a insisté[2], exigeant que la soumission partielle au régime dotal résultât d'une déclaration expresse et assez clairement énoncée pour qu'aucun doute ne pût tromper les tiers; elle a rejeté[3] tous les pourvois formés contre les arrêts des Cours impériales qui refusaient de valider ces exorbitantes stipulations; et pour maintenir l'unité de jurisprudence en pareille matière, pour empêcher à l'avenir les interprétations de contrats de mariage qui, venant de certaines localités plus soumises aux traditions dotalistes, pourraient voir trop facilement des soumissions partielles au régime dotal, la Cour a pris soin de proclamer, dans son arrêt des chambres réunies du 8 juin 1858, qu'elle se reconnaissait le droit *de déterminer le caractère légal des conventions matrimoniales, et d'en qualifier les clauses*, par conséquent de reviser les décisions des Cours sur ce point.

Et cependant, malgré toutes ces restrictions, toutes ces réserves, de nombreuses et imposantes autorités trouvent que

[1] Arrêt du 7 février 1855. — S., 45, 1, 580.

[2] Arrêt des ch. r. du 8 juin 1858. — S., 58, 1, 417.

[3] V. quatre arrêts de la chambre des requêtes, des 14 et 15 décembre 1858. — S., 59, 1, 229.

la jurisprudence est encore allée trop loin, et qu'elle aurait dû proscrire ce mélange hybride de deux régimes contraires qui peut conduire aux résultats les plus fâcheux.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que la soumission d'une femme au régime dotal, soit partiellement, soit complétement, lui enlève le droit de céder son hypothèque légale, ou d'y subroger un tiers. C'est même à cette prohibition que la jurisprudence a réduit les conséquences de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Dans tous les autres cas, communauté pure et simple, communauté conventionnelle, exclusion même de communauté sans soumission au régime dotal, séparation de biens conventionnelle, la femme a la libre disposition de son hypothèque légale, elle peut la céder, y subroger un tiers, y renoncer. La loi du 23 mars 1855[1] n'a donné aux femmes qu'une garantie sans doute bien insuffisante : cession, subrogation ou renonciation, ne pourront être faites que par acte authentique, c'est-à-dire en présence d'un officier public, qui devra ou qui pourra éclairer la femme sur les conséquences de son engagement, mais qui ne se permettra, le plus souvent, ni observations ni conseils.

Cette disposition de la loi de 1855 est une réforme qui était unanimement demandée lors de l'enquête de 1841 : on y a joint, dans l'intérêt des tiers, une autre disposition qui, réunie à la première, constitue une notable amélioration; les cessionnaires ne sont saisis, à l'égard des tiers, des droits de la femme, que par une inscription sur les registres des hypothèques, et les dates de ces inscriptions déterminent le rang à établir entre les divers cessionnaires.

Malheureusement la loi, qui devait respecter le principe de non-rétroactivité, a laissé en dehors de son empire tous les actes accomplis avant l'époque où elle est devenue exécutoire, c'est-à-dire (art. 11) tous ceux ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856. Le législateur n'a pas osé imposer à ces actes anciens une formalité quelconque dans un délai déterminé. Une mesure transitoire de cette nature avait été édictée par la loi du 11 brumaire an VII; mais il avait fallu successivement proroger le délai, de six mois en six mois, d'année en année, jusqu'à ce que la discussion du Code Napoléon vînt détruire

[1] Art. 9.

l'espoir qu'on avait eu d'étendre à toutes les hypothèques la condition si salutaire de la publicité.

On rencontrera donc encore longtemps, dans les ordres, des subrogations et cessions résultant soit d'actes privés ayant acquis date certaine avant 1856, soit d'actes authentiques antérieurs à cette même époque n'ayant pas reçu de publicité par l'inscription ; et ces subrogations, ces cessions occultes, viendront primer des créanciers qui n'avaient pas de moyens pour en découvrir l'existence. C'est un malheur, c'est une imperfection qui s'atténuera avec le temps, mais dont il importe de signaler l'importance et la gravité[1].

Peut-être ce danger si sérieux, d'une durée indéfinie, devrait-il engager le législateur à aviser.

L'esprit des lois récentes sur la matière est évidemment de contraindre à une manifestation publique tous ces droits occultes, si nombreux sous le Code, si menaçants pour la sécurité des transactions civiles. On ne s'est même pas arrêté, en vue de ce but à atteindre, devant quelques froissements d'intérêts particuliers. Ainsi, aux termes de l'article 692 du Code de procédure, réformé en 1841, une simple sommation met le vendeur non payé en demeure de former son action résolutoire et de la notifier au greffe avant l'adjudication ; faute de quoi il demeure déchu d'un droit qui découlait juridiquement de son contrat. Ainsi le privilége du même vendeur est éteint s'il n'est pas régularisé dans les quarante-cinq jours de son contrat, ou au plus tard avant la transcription d'un acte de revente (art. 6 de la loi du 23 mars 1855) : et cette dernière disposition, l'extinction du privilége par la transcription d'un second contrat, atteint les plus anciens priviléges de vendeur, ceux même créés plusieurs années avant la loi nouvelle, car l'article 6 n'est pas un de ceux qui, d'après l'article 11 de la même loi, ne s'appliquent pas aux actes antérieurs à la loi de 1855. Ainsi, encore, les hypothèques légales elles-mêmes, ces garanties données aux incapables contre leur faiblesse et leur imprévoyance, peuvent tomber en déchéance ; — si, après une som-

[1] Un arrêt de la Cour de cassation, chambre civile, au rapport de M. Renouard, a consacré, le 9 mai 1860, ce principe de non-rétroactivité, et décidé qu'entre créanciers subrogés avant 1858 on devait suivre l'ordre établi par le Code Napoléon, quoique l'un de ces créanciers prétendît à la priorité pour s'être conformé à la loi du 23 mars 1855.

mation faite au cours de la procédure de saisie immobilière, et une notification au procureur impérial, l'hypothèque légale n'est pas inscrite avant la transcription du jugement d'adjudication[1]; — ou si la demande en collocation n'est pas faite à l'ordre dans le délai fatal de l'article 754[2]; — ou enfin si, au cas d'aliénation volontaire, l'ordre n'est pas ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai fixé par l'article 2195 du Code Napoléon.

Si l'on a cru devoir faire céder à l'intérêt général, au principe de la publicité, les intérêts si respectables que la loi conservait sans qu'il fût besoin de la volonté ni de l'action des parties, ne pourrait-on soumettre à des obligations du même genre les porteurs de subrogations ou cessions d'hypothèques légales? La loi du brumaire an VII a dû renoncer à l'observation des délais de rigueur qui complétaient son système; mais il s'agissait alors de bien autre chose qu'à présent: il s'agissait de l'inscription de tous les droits réels, privilèges et hypothèques acquis pendant une longue suite d'années, sous une législation qui n'admettait pas la publicité des charges foncières: il s'agissait surtout de l'inscription des droits appartenant aux incapables; et l'on conçoit que la pratique ait été obligée de reculer devant la sévérité d'une disposition qui frappait de déchéance, à jour fixe, les femmes, les mineurs, les interdits, dont on commençait à soupçonner que les droits n'étaient pas suffisamment protégés par les nouvelles formes dont on faisait l'expérience.

Mais peut-on avoir les mêmes craintes pour une mesure transitoire qui obligerait, non pas les incapables, mais les créanciers de ceux-ci, c'est-à-dire des personnes très-capables, très-soigneuses de leurs intérêts, à faire connaître, dans un délai raisonnable, les cessions, renonciations et subrogations qu'ils ont pu obtenir antérieurement, et de mettre ainsi ces causes de préférence dans le même état que celles qui ne peuvent plus aujourd'hui résulter que d'actes authentiques publiquement inscrits? Les intérêts sont très-éveillés en ce temps-ci; et le succès qu'a obtenu la loi de transcription, l'empressement qu'on a mis à s'y soumettre, devraient faire augurer un succès semblable.

[1] Art. 692 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858.
[2] Art. 717 du même Code, modifié par la même loi.

Une autre question s'est élevée, toujours à l'occasion de la cession des hypothèques légales des femmes mariées en communauté.

On s'est demandé si cette hypothèque pouvait être cédée indépendamment des créances qu'elle est destinée à garantir; en d'autres termes, si la femme peut subroger à son hypothèque légale et y renoncer, sans même s'obliger personnellement avec le mari.

La Faculté de droit de Strasbourg, dans l'enquête de 1841 [1], trouvait cette doctrine extrêmement dangereuse pour la femme qui, disait-elle, refusera rarement de renoncer à son hypothèque, si elle peut le faire sans contracter d'obligation personnelle; ce qui contrarie évidemment les vues du législateur, qui a voulu protéger les intérêts des femmes mariées.

La même Faculté trouvait aussi la thèse de droit dont il s'agit contraire aux véritables principes. La relation qui existe, disait-elle, entre une hypothèque et la créance pour sûreté de laquelle elle est établie, est tellement intime que l'hypothèque ne peut être considérée comme ayant une existence propre qui permette de la détacher de cette créance pour la joindre à une autre.

Et la Faculté proposait d'ajouter à l'article 1212 ou à l'article 2135 les dispositions suivantes :

« 1° La femme ne pourra subroger à son hypothèque légale, « ni y renoncer, qu'en faveur des créanciers de son mari en« vers lesquels elle se sera personnellement obligée.

« 2° La subrogation consentie par la femme à son hypothèque « légale, et même la déclaration de cession de cette hypo« thèque, sans cession de tout ou partie de ses créances sur le « mari, n'auront d'autres effets que ceux d'une simple renon« ciation, et n'établiront aucune préférence entre les créanciers « au profit desquels elles auront eu lieu. »

La Faculté de Caen voulait aussi [2] que la subrogation ne valût que comme simple renonciation; mais envisageant la question plus en grand, et ne se bornant plus à l'intérêt des femmes mariées et de leurs cessionnaires ou subrogés, elle

[1] *Doc. hyp.*, 2, 471.
[2] *Doc. hyp.*, 3, 467.

possait en principe général[1] que *l'hypothèque et le privilége ne peuvent être cédés sans la créance*. Elle disait :

« Le privilége et l'hypothèque sont inhérents à la créance; « ils la suivent quand elle est vendue ou donnée en gage « (art. 1692 C. civ.). Est-elle éteinte par le payement ou par « la novation, ils peuvent s'en détacher pour passer à la nou- « velle créance qui prend sa place; hors de là, accessoires in- « divisibles de l'obligation, ils cessent d'exister dès qu'on les « en sépare. Si le créancier veut céder son rang, il faut qu'il « cède la créance elle-même, ou au moins qu'il l'affecte à titre « de nantissement; car c'est sur cette créance que s'imputeront « toutes les collocations obtenues à l'aide du privilége ou de l'hy- « pothèque; ces collocations épuiseront le droit du créancier « primitif, comme s'il se fût lui-même présenté à l'ordre, comme « s'il eût touché les deniers pour les remettre ensuite au tiers « qu'il s'est substitué; il n'aura donc plus contre le débiteur « qu'une nouvelle action, née de l'espèce de cautionnement « contracté au profit de ce tiers.

« Quand, au contraire, le créancier veut conserver sa créance, « il ne peut transmettre son rang, mais seulement s'abstenir « d'en profiter. Quelques termes qu'il emploie, cession de « priorité, subrogation, renonciation aux droits de préférence, « il n'attribue rien à la personne envers laquelle il s'engage, il « s'interdit simplement de requérir collocation à son préjudice. « Mais s'il existe des créanciers intermédiaires, ils seront col- « loqués avant celle-ci; tout se réglera comme si le premier « créancier n'existait pas où se fût laissé forclore. Il a abdiqué « son droit; dans l'hypothèse précédente, il l'exerçait par « autrui. »

Les mêmes idées prévalurent dans la discussion qui eut lieu en 1851 à l'Assemblée législative. M. de Vatimesnil, au nom de la Commission, M. Bethmont, au nom du Conseil d'État, s'élevèrent contre la possibilité de la séparation de l'hypothèque et de la créance; et à la rédaction du gouvernement qui laissait supposer cette possibilité (*le créancier à qui l'hypothèque a été consentie, ses héritiers ou ayants cause, pourront céder cette hypothèque ou son rang d'antériorité...*), on substitua ces mots : peuvent céder *leur créance hypothécaire* ou leur rang d'antériorité

[1] *Doc. hyp.*, 8, 7.

(art. 2139 du projet du gouvernement; art. 2142 du projet du Conseil d'État).

On a cependant soutenu (M. Benech, M. Paul Pont, n° 334) que la question avait été décidée en sens contraire par la jurisprudence, puis tranchée définitivement par la loi du 23 mars 1855.

Ce dernier point n'est rien moins qu'établi. Rien, dans la discussion de la loi de 1855, n'indique qu'on se soit occupé alors de trancher une controverse, et qu'on l'ait fait en opposition avec tous les documents législatifs antérieurs. L'article 9 de la loi se borne à dire comment seront rendues publiques les cessions et subrogations, dans les cas où les femmes peuvent céder leurs hypothèques légales ou y renoncer. Mais en parlant de cessions, c'est-à-dire d'une chose qui a toujours été licite et usuelle, la loi ne dit pas si ces cessions pourront se faire en détachant l'hypothèque de la créance, ou si au contraire la cession de l'hypothèque doit s'entendre indivisiblement de la créance hypothécaire. Pas un mot dans la discussion ne permet d'attacher à la loi un sens déterminé sur une question qui ne fut pas posée.

Quant à la jurisprudence, elle n'est pas davantage à invoquer.

Il est bien vrai qu'un arrêt de Bourges, du 20 juillet 1832 (S., 33, 1, 626), assez confus dans sa rédaction, valide une subrogation dans une hypothèque légale par le motif que l'hypothèque est un droit réel susceptible de toute stipulation; mais il ajoute immédiatement cet autre motif, *que d'ailleurs la cession de l'hypothèque légale emporte, à l'égard des tiers, l'abandon implicite de la créance*: or, si cela était vrai, si l'acte de cession ou subrogation, interprété par la Cour de Bourges, emportait abandon de la créance, la question n'existait plus; et c'est sans doute par suite de cette interprétation d'actes que l'arrêt n'a pas été déféré à la Cour suprême, qui, si la question de droit eût été nettement posée, l'aurait certainement cassé.

En effet, lorsque la Cour de Caen, entrant dans la même voie par son arrêt du 11 mars 1854 (S., 55, 2, 69), donna un effet de préférence à la subrogation consentie dans un privilége de vendeur, quoique le vendeur eût conservé sa créance et qu'il fût allégué qu'il avait été payé par ailleurs, l'admission du

pourvoi contre cet arrêt fut prononcée tout d'une voix (le 3 janvier 1855, au rapport de M. Pécourt, conformément aux conclusions de l'avocat général); et si l'arrêt a échappé à la cassation, c'est que devant la chambre civile, l'affaire changea de face, et qu'il ne resta dans la cause, les faits étant éclaircis, qu'une appréciation souveraine d'actes et de conventions qui échappait à la censure de la Cour de cassation. M. de Villeneuve en fait l'observation en note de l'arrêt de rejet du 20 mai 1856 (S., 56, 1, 595).

Mais si l'on veut savoir la pensée vraie de la Cour de cassation, c'est à un autre arrêt qu'il faut se reporter, celui du 25 janvier 1853, rendu par la Chambre des requêtes, sous la présidence de M. Mesnard, au rapport de M. Cauchy, et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Raynal. — On attaquait alors un arrêt de la Cour de Bordeaux qui avait repoussé la prétention du créancier simplement subrogé par un créancier antérieur qui avait gardé sa créance; on soutenait, avec l'arrêt de Caen, qui l'avait formellement dit dans ses motifs, qu'il importait peu que le créancier subrogeant, resté créancier chirographaire, eût reçu par ailleurs son payement; et c'était, en effet, une conséquence nécessaire du système qui détache l'hypothèque de la créance. Que répond la Cour de cassation?

« *Attendu que l'hypothèque ne peut avoir d'existence propre,* « *indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire et le* « *moyen d'exécution*; que, dès lors, la convention par laquelle « un créancier cède son rang hypothécaire à un autre créancier « qui lui était postérieur, ne peut avoir d'autre résultat que de « substituer le cessionnaire au lieu et place qu'aurait occupés « dans l'ordre la créance du cédant; d'où il suit que si cette « créance a cessé d'exister, ou a elle-même perdu son rang « hypothécaire, la cession d'antériorité ne peut plus avoir au- « cun effet utile au profit du cessionnaire;... — Attendu, dès « lors, qu'en refusant aux demandeurs en cassation de les col- « loquer au rang hypothécaire à eux cédé par Lenoble, faute « de justification de l'existence actuelle de la créance dudit Le- « noble, l'arrêt attaqué, loin de violer aucune loi, a au contraire « fait à l'espèce une juste application des principes de la ma- « tière; — Rejette... »

Si l'on admet ce principe, que l'hypothèque et la créance

sont indivisibles, que céder l'une c'est céder l'autre[1], on en déduira la conséquence que l'on ne peut céder une hypothèque que lorsqu'il y a une créance[2]; et l'on aura fait un grand pas vers la solution de difficultés sérieuses qui se rattachent à l'exercice des hypothèques légales des femmes mariées.

I. On s'est demandé si la femme mariée, ou ceux qu'elle a subrogés dans son hypothèque légale, peuvent exercer cette hypothèque *constante matrimonio*, avant qu'il y ait eu séparation de biens et liquidation des créances de la femme.

Les auteurs, et notamment M. Grenier, ont répondu par une distinction : Si le mari, dit cet auteur, est en faillite ou en déconfiture, nul doute que les créanciers de la femme pourraient toucher le montant de l'hypothèque légale de celle-ci, lors même que la femme n'aurait pas fait prononcer sa séparation; — mais en général, quand il n'y a ni faillite ni déconfiture, la femme ne peut réclamer sa dot et ses autres créances avant d'être séparée[3].

Il résulterait de là que l'on colloquerait l'hypothèque sans savoir s'il y a une créance; car ce n'est que par la liquidation qui suivra la séparation de biens que cette créance sera con-

[1] M. Rolland de Villargues le résume ainsi, citant Proudhon et Bellot :

« Ce n'est pas que la subrogation dans l'hypothèque n'ait en résultat « tout l'effet d'une subrogation dans la créance même. En effet, qu'est-ce « que la subrogation? C'est une cession d'action. A quoi tendait l'action du « subrogeant? A recouvrer une créance. Qu'acquiert le subrogé? Une action « semblable à celle du subrogeant, une action tendant à recouvrer une « créance qui a été attachée, substituée à la sienne. Il est dans les droits du « subrogeant : donc il est dans sa créance. Il n'est pas seulement à son « hypothèque; car l'hypothèque n'est rien sans la créance. La subrogation « dans l'hypothèque ne peut donc signifier que la subrogation dans la « créance, la subrogation dans les droits du créancier. » (*Rép.*, v° *Hypothèque* (cession), n° 54).

[2] « Considérant, dit la Cour d'Orléans (arrêt du 16 mars 1849. — S., 49, 2, 450), qu'on ne peut céder à un autre plus de droits qu'on en a soi-même; — Considérant que si, aux termes de l'article 2135 du Code civil, la femme mariée a une hypothèque légale sur les biens de son mari, notamment pour l'indemnité des obligations qu'elle a contractées solidairement avec lui pendant l'existence de la communauté, cette hypothèque ne produit son effet qu'autant que, lors de la dissolution de cette communauté, elle a droit à une indemnité; — Que de là il suit qu'en subrogeant le prêteur dans son hypothèque légale, elle ne lui confère qu'un droit purement éventuel....., » etc.

[3] Grenier, n° 258.

nue et fixée. On accorderait à la femme, ou à son subrogé, les bénéfices d'une séparation qui ne sera pas prononcée peut-être, car la femme peut se trouver sans intérêt pour recourir à ce remède, si, par exemple, elle a aliéné toutes ses reprises. Aussi est-on fort embarrassé pour organiser, en ce cas, l'action des créanciers subrogés : on leur conseille [1] de forcer la femme à assister à l'ordre, à l'effet de déclarer en quoi consistent les droits résultant de son hypothèque légale, dont le montant serait touché, s'il y avait lieu, par le créancier subrogé. Mais cela est-il praticable? et le silence et l'abstention de la femme ne pourront-ils pas toujours paralyser ou embarrasser les créanciers ? Ne courrait-on pas le risque de fixer au hasard l'importance de reprises, de créances, qu'une liquidation éclairée pourra ultérieurement réduire? Ne courrait-on pas le risque de nuire, sans le savoir, aux créanciers hypothécaires non subrogés, qui verraient leur gage passer à d'autres sur la foi d'un aperçu de liquidation souvent très-fautif ? N'a-t-on pas vu des femmes mariées se prétendre créancières de sommes considérables, être déclarées débitrices, en définitive, de leur communauté?

Il serait donc plus prudent, plus juste, d'agir en cette occasion comme on le fait en général pour les créances éventuelles ou conditionnelles, c'est-à-dire n'accorder que des collocations provisoires, ou même colloquer les créanciers postérieurs, à la charge de fournir des garanties pour la restitution des sommes touchées par eux, lorsqu'il serait justifié ultérieurement de l'existence et de la quotité des créances garanties par l'hypothèque de la femme.

II. C'est aussi la solution que réclamerait une autre question bien plus grave, et qui est de nature à attirer sérieusement l'attention : je veux parler de l'hypothèque légale conférée pour sûreté de l'indemnité due à la femme qui s'est obligée solidairement avec son mari pendant la communauté.

Devra-t-on colloquer *actuellement* dans un ordre la femme qui se présentera, non comme ayant payé le créancier envers qui elle s'était obligée, mais comme étant menacée de poursuites de sa part, comme étant exposée à le payer un jour?

Si l'on répond oui, on ne pourra refuser la même colloca-

[1] Grenier, *Hyp.*, n° 259. — Bellot, t. Ier, p. 410.

tion, non plus à la femme, mais à tout créancier subrogé par elle dans son hypothèque légale, mais même au créancier envers qui elle s'est obligée avec son mari, qui, dans le cas où sa créance ne serait pas hypothécaire, pourrait néanmoins toujours se présenter à l'ordre pour exercer les droits de sa débitrice.

Or cela pourrait conduire à des conséquences fort extraordinaires.

Voilà une femme qui n'a pas de dot à réclamer, pas de reprises à exercer, pas de successions à attendre, qui par conséquent n'aura jamais de créances contre son mari ; elle s'oblige solidairement avec lui, et, par le fait de cette obligation, elle sera autorisée à venir primer tous les créanciers qui n'ont pas sa signature pour obtenir ce que la loi appelle une indemnité de l'obligation qu'elle ne payera jamais; ou même ce sera le créancier porteur de son obligation qui, exerçant ses droits, viendra à l'ordre se prévaloir d'une hypothèque légale sans base aucune, d'une hypothèque légale n'ayant pas de créance à conserver, d'une hypothèque légale établie pour garantir la femme d'un payement qu'elle aurait fait, et qui lui attribuerait le montant d'un payement qu'elle ne fera jamais ! Ne serait-ce pas donner à la femme le droit de privilégier à son gré certains créanciers de son mari, et cela sans aucun risque pour elle ?

Ces considérations n'ont pas arrêté toutefois les jurisconsultes les plus éminents qui se fondent sur les principes en matière de cautionnement, et notamment sur l'article 2032 du Code Napoléon. On sait, en effet, que la femme qui s'oblige avec son mari n'est réputée, à son égard, s'être obligée que comme caution (art. 1431 C. Nap.).

« L'article 2032 est formel, dit M. Troplong [1], il autorise la « femme à agir, c'est-à-dire à se faire apporter décharge ou « deniers suffisants pour acquitter la dette. Elle est donc fondée « à prendre sur le prix des biens saisis sur son mari la somme « nécessaire pour payer le créancier, et cette collocation est « garantie par son hypothèque légale. Donc, son représentant « sera reçu à faire ce qu'elle aurait pu faire.

« C'est à tort, continue le même auteur, que l'on croit trou- « ver, dans cette manière de voir, le renversement de toutes « les garanties hypothécaires.

[1] *Priv. et hyp.*, t. II, n° 510.

« Les créanciers postérieurs n'ont-ils pas dû s'attendre à « cette chance toute naturelle, résultant des combinaisons du « contrat de mariage? Eh! que leur importe que les deniers « soient pris par la femme pour les remettre au créancier dont « les instances la menacent, ou que ce soit ce dernier qui vienne « lui-même les recevoir au nom de la femme? »

Il existe sur ce point deux arrêts de la Cour de cassation que l'on serait tenté de croire opposés l'un à l'autre, mais qui, examinés avec soin, se concilient parfaitement et posent une doctrine aussi juste qu'utile, sans aller jusqu'aux dernières limites de l'application de l'article 2032.

Le premier de ces arrêts, rendu par la chambre civile le 16 juillet 1832 (S., 32, 1, 834), rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Amiens, du 9 février 1829, lequel refusait une collocation actuelle au créancier de la femme, se prétendant subrogé à l'hypothèque légale appartenant à celle-ci pour l'indemnité de cette même créance : l'arrêt avait autorisé les créanciers hypothécaires à toucher le prix en distribution, à la charge de fournir des garanties pour la restitution de ce qu'ils recevaient, pour le cas où la femme payant plus tard son créancier, acquerrait par là une créance que protégerait son hypothèque légale.

La Cour de cassation jugea que c'était assez : — « Attendu, « dit-elle, que la Cour royale d'Amiens, en décidant que l'in- « demnité qui, par l'article 1431 du Code civil, est accordée à « la femme pour l'obligation solidaire qu'elle contracte avec « son mari, et pour laquelle l'article 2135 lui donne une hypo- « thèque légale dispensée de toute inscription, n'était pour la « femme qu'une créance éventuelle dont l'exigibilité était sub- « ordonnée aux effets de la poursuite du créancier envers le- « quel elle s'était obligée, et au préjudice qu'elle en éprouverait « sur ses biens, si elle se trouvait contrainte de la payer en « tout ou en partie; qu'en décidant par suite que le sieur De- « berny, subrogé à l'hypothèque légale de la dame Darras pour « cette indemnité, ne pouvait avoir plus de droits que sa cé- « dante, n'a violé en cela aucune loi. »

Le second arrêt, émané de la chambre des requêtes (24 mars 1834. — S., 34, 1, 272), n'est nullement contraire au premier, quoiqu'il valide, dans l'espèce, une collocation *actuelle* des créanciers de la femme subrogée à son hypothèque légale;

mais la différence du dispositif est expliquée par cette circonstance que, lors du second arrêt, il n'avait pas été offert de garanties à la femme ou à ses créanciers. Le fait était décisif, et le rapporteur le fit remarquer dans ses observations; il se mettait, au surplus, si peu en opposition avec l'arrêt de 1832, qu'il en invoquait l'autorité pour établir la jurisprudence de la Cour.

Cette jurisprudence est sage et concilie tout.

Cependant elle paraîtrait avoir été contrariée par un arrêt de la chambre des requêtes, du 2 janvier 1838 (S., 38, 1, 560), qui, rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris, du 26 août 1836 (S., 36, 2, 548), juge que la femme, quoique n'ayant pas payé, quoique non poursuivie, peut réclamer la collocation *actuelle* pour la somme dont elle a répondu pour son mari : dans l'espèce, c'était, comme presque toujours, le créancier lui-même qui se présentait à l'ordre comme exerçant les droits d'hypothèque légale de sa débitrice. Vainement, devant la Cour de Paris, avait-on offert des garanties de restitution pour le cas où l'obligation de la femme se résoudrait en un payement de sa part; vainement, devant la chambre des requêtes, soutenait-on que la femme, alors décédée, était morte insolvable, et que le recours de ses créanciers contre sa succession étant impossible, il ne pouvait être accordé à elle ou à ses créanciers, sur les biens de son mari, une indemnité à raison d'un recours illusoire. Ces raisons si puissantes, fortifiées de l'autorité des deux arrêts de 1832 et 1834, vinrent échouer devant l'application, on pourrait dire brutale, de l'article 2032[1].

Si c'est là le dernier mot de la jurisprudence[2], il faut la modifier. — La Cour de Poitiers en exprimait le vœu dans l'enquête de 1841 : « Le système de la publicité des hypothè« ques, disait-elle, ne sera plus qu'un mensonge si ces arrêts

[1] Si l'on veut voir les arguments invoqués contre l'application de l'article 2032 à la position de la femme, on les trouvera fort bien résumés dans le Recueil de Sirey, à l'occasion de l'arrêt de 1832 (S., 32, 1, 836).

[2] On pourrait le croire en présence de deux arrêts récents de la chambre civile de la Cour de cassation : — le premier, du 25 juillet 1860, au rapport de M. Quénault (aff. Martinal c. les créanciers Larcher); — le second, du 24 décembre 1860, au rapport de M. Leroux de Bretagne (Saugé c. faillite Audry).

« doivent faire jurisprudence [1]. Ils ôtent tout crédit au mari, et « il n'y aurait jamais de sûreté à traiter avec lui sans faire « obliger sa femme.

« Il doit suffire de signaler ces conséquences pour que la « loi nouvelle y pourvoie. Elle peut disposer que les créanciers « envers qui la femme s'est obligée avec son mari, ne primeront les créanciers hypothécaires de celui-ci qu'autant que « la femme aura réellement acquitté la dette, ou mieux encore, « qu'autant qu'il auront rendu publique, par l'inscription, « l'hypothèque résultant pour elle de ce qu'elle s'est obligée « avec son mari, et qu'ils veulent faire valoir en son nom [2]. »

Le remède indiqué, en second ordre, par la Cour de Poitiers, ne serait peut-être pas suffisant. Car le mal n'est pas dans la clandestinité de l'hypothèque légale de la femme, il est dans la cause même de cette hypothèque, dans la prétention de voir une créance actuelle et certaine dans ce qui n'est qu'éventuel, incertain, dans la faculté donnée à la femme de bouleverser l'ordre naturel des engagements de son mari, de détruire par là le crédit de celui-ci, en privilégiant certains créanciers par un engagement qui ne lui fait courir aucun risque. Le plus sûr est donc d'en revenir au principe qui domine toute cette matière : *point d'hypothèque sans créance;* et dès lors, point de collocation actuelle quand il n'y aura que créance incertaine, éventuelle, conditionnelle. C'est ce qu'exprimait fort bien l'avocat qui gagna son procès devant la chambre civile de la Cour de cassation, en 1832.

« Lorsqu'une femme, après que sa fortune personnelle a « servi à payer les dettes contractées avec son mari, se pré« sente pour être indemnisée, elle agit en vertu d'un fait cer« tain, positif; sa demande ne repose pas sur de vaines hypo« thèses; elle dit : j'avais, je n'ai plus; replacez-moi dans la « situation où je serais si je n'eusse pas contracté d'engage« ment pour vous, si je n'eusse pas consacré ma fortune à les « acquitter. — On conçoit encore une pareille réclamation, « lorsque la femme peut établir qu'elle possède en réalité une « fortune qui va devenir la proie des créanciers de son mari;

[1] La Cour de Poitiers comptait deux arrêts dans ce sens, celui de 1833, et elle avait raison; celui de 1834, qui, je crois l'avoir démontré, confirme au contraire celui de 1832.

[2] *Doc. hyp.*, 3, 346.

« car il y aurait une rigueur extrême à exiger qu'elle commen-
« çât par faire le sacrifice de son bien, par le laisser vendre,
« sauf à se faire ensuite indemniser par le mari. — Mais qu'une
« femme qui ne possède rien, qui ne justifie pas même qu'elle
« ait l'espoir de rien posséder un jour, puisse, en s'obligeant
« pour des millions, acquérir un droit d'hypothèque légale sur
« les biens de son mari ; qu'en vertu de cette hypothèque, elle
« vienne se faire attribuer le prix des biens au détriment
« d'autres créanciers sérieux et légitimes, et cela sous le pré-
« texte qu'il lui est dû une indemnité pour avoir apposé sa
« signature sur l'obligation contractée par le mari (obligation
« qu'elle ne payera peut-être jamais), c'est ce qu'il est impos-
« sible d'admettre. Une telle femme ne peut pas se faire attri-
« buer de garanties actuelles pour un actif qu'elle n'a pas, et
« qu'elle ne risque conséquemment pas de perdre. Le préjudice
« qui pourrait résulter pour elle de l'obligation est purement
« hypothétique ; il suffit donc qu'une garantie lui soit donnée
« pour le cas où, contre toute attente, ce préjudice viendrait à
« se réaliser ; mais à coup sûr il ne faut pas que pour une telle
« chimère les créanciers légitimes soient dès à présent frustrés
« de ce qui leur appartient. »

III. La matière si délicate des subrogations et cessions d'hypothèques légales, touchée sous plusieurs points de vue dans l'enquête de 1841, fut laissée dans l'ombre par la discussion sur les projets de réforme tentés en 1849-1851. Ces projets ne laissaient guère à l'hypothèque des femmes que le nom d'hypothèque *légale ; on* s'était étudié à en faire une hypothèque conventionnelle, spéciale, déterminée ; et l'on avait cru suffisant, au chapitre des hypothèques conventionnelles, de s'expliquer (art. 2139 du projet du gouvernement) sur le droit de céder soit l'hypothèque, soit le rang d'antériorité. De son côté, le Conseil d'État (art. 2142 de sa rédaction) se contenta d'expliquer que l'hypothèque ne pourrait être cédée sans la créance, et de demander qu'en cas de cession de créances, la notification du transport exigé par l'article 1690 du Code Napoléon fût rendue publique en même temps que la cession elle-même, par la mention à faire en marge de l'inscription.

La discussion à l'Assemblée législative s'absorba tout entière dans la lutte entre les deux systèmes opposés : celui du Code Napoléon, ou de l'hypothèque légale dispensée de l'in-

scription, et celui de la Commission, tendant à la publicité de toutes les hypothèques. Les questions secondaires ne furent pas soulevées.

La loi du 23 mars 1855 a réalisé, par son article 9, une amélioration importante. Faisant droit aux réclamations presque unanimes sorties de l'enquête de 1841, elle dispose que les cessions d'hypothèques légales ou les renonciations à ces hypothèques ne pourront être faites que par actes authentiques; que les cessionnaires n'en seront saisis à l'égard des tiers que par inscription ou mention sur les registres hypothécaires, et que l'ordre et le rang entre plusieurs subrogations successives sera déterminé par la date de ces inscriptions ou mentions.

C'est là une conquête sérieuse au profit de la publicité, une garantie notable des droits des tiers.

Mais tout n'est pas dit après cette disposition, qui n'embrasse que les cessions ou renonciations *expresses*. La jurisprudence admet en effet des cessions, subrogations et renonciations *tacites*, et celles-ci ne soulèvent pas moins de difficultés que les autres.

Il est assez généralement admis que la femme renonce tacitement à son hypothèque, ou consent tacitement une cession d'antériorité, lorsqu'elle concourt à l'hypothèque donnée sur les biens de son mari ou de la communauté. Dans ce cas, la renonciation tacite aura les mêmes effets que la renonciation expresse; elle ne peut non plus résulter que d'un acte authentique. La publicité, voulue par la loi de 1855, résultera pareillement de l'inscription hypothécaire, et la règle posée par cette loi devra aussi être suivie entre les diverses subrogations. L'ordre de date des inscriptions fixera les rangs; la subrogation, même tacite, précédera la subrogation, même expresse, qui serait inscrite après elle.

Mais la position est moins simple lorsque la femme, sans concourir à aucune constitution d'hypothèque sur les biens de son mari, se borne à donner son obligation personnelle ou son cautionnement, comme le dit l'article 1431. L'opinion qui tend à prévaloir dans la doctrine, est que dans ce cas la femme ne renonce pas à son hypothèque légale au profit du créancier, et qu'elle pourra venir exercer ses droits avant lui; que conséquemment, les subrogations ou cessions qu'elle aurait consenties

postérieurement viendraient primer ce créancier qui n'avait que l'obligation personnelle de la femme.

La jurisprudence est loin d'être unanime. On cite des arrêts en sens divers, et la Cour de cassation, qui n'a eu qu'une seule fois encore l'occasiou de se prononcer, l'a fait en sens opposé à la tendance de la doctrine (arrêt de rejet du 17 avril 1827. — S., 28, 1, 91). Si les Cours de Colmar, d'Orléans et de Paris contredisent la Cour de cassation, les Cours de Limoges, de Lyon, de Bourges l'appuient, et regardent comme contraire aux principes généraux du droit que le débiteur solidaire puisse, par lui ou par des subrogés à ses droits, venir primer son créancier. Les auteurs, au surplus, ne vont pas jusque-là. Ceux-là même qui n'accordent pas à l'obligation personnelle de la femme la vertu d'une subrogation tacite dans son hypothèque légale, ne professent cette sévérité qu'à l'égard des tiers qui auraient reçu des subrogations véritables; ils ne permettent pas à la femme de se prétendre préférable au créancier envers qui elle s'est obligée; ils donnent à ce dernier le droit de s'emparer, par voie de sous-ordre, de la collocation qui serait accordée à la femme.

Dans ces termes, la controverse n'est donc pas tranchée par l'application de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Entre les créanciers porteurs de subrogations, expresses ou tacites, la loi ne reconnaît plus que le rang résultant de la date des mentions ou inscriptions qui les révèlent à la publicité. Mais l'obligation personnelle de la femme, en dehors de toute affectation hypothécaire, qui vaut vis-à-vis de la femme pour qu'elle ne puisse primer son créancier, lui permettra-t-elle de se substituer des tiers qui feront ce qu'elle n'aurait pu faire elle-même? Telle est la question.

Si on la résout en faveur du créancier porteur de l'obligation de la femme, il faudra lui permettre, et même lui prescrire sous peine de la perte de son droit de préférence, de faire inscrire, comme créancier de la femme, l'hypothèque légale de celle-ci, et la cession ou subrogation tacite qu'on lui reconnaîtrait. Il est entendu que les obligations qui conduiraient là devraient être authentiques.

Si l'on se prononce en sens contraire, le créancier n'aura que la ressource du sous-ordre, si sa débitrice est restée nantie de son hypothèque légale; et cette ressource pourra encore être

la source de bien des difficultés, soit avec les autres créanciers, soit avec la femme elle-même :

Avec les autres créanciers (non pas sans doute avec ceux qui seraient subrogés à l'hypothèque légale de la femme, il doit leur céder le pas), mais vis-à-vis de ceux qui n'auront que le mari pour obligé, et qu'il primera en se substituant à l'hypothèque légale de sa débitrice, notamment en ce que cette hypothèque assure l'indemnité à laquelle elle a droit pour s'être obligée solidairement avec son mari.

Avec la femme elle-même; car pour avoir le droit de se substituer à elle, de prendre à sa place le montant de sa collocation, d'absorber ses reprises, ses créances, il lui suffira de représenter la signature de cette femme, obtenue sous une influence quelconque, sous la pression de l'autorité maritale, sous la menace, sous la violence, ou même sous le seul effet de l'ignorance, de la faiblesse ou de la légèreté. Pour obtenir ce résultat, l'acte obligatoire de la femme n'a besoin ni d'authenticité ni de date certaine; les précautions de la loi de 1855 ne sont prises que vis-à-vis des tiers : en ce qui la concerne personnellement, la femme est abandonnée à elle-même, libre de se ruiner en un clin d'œil, libre de renoncer, par un trait de plume, à toutes les garanties que la sagesse et la prévoyance de la loi ont accumulées en sa faveur.

Faut-il s'étonner qu'en présence de tels dangers, M. de Lamoignon, et après lui Cambacérès, aient pensé à la résurrection du sénatus-consulte Velléien, que les Cours de Lyon, Metz et Pau, les Facultés de droit de Paris et de Rennes, aient proposé des mesures restrictives de la liberté de la femme?

Sans aller aussi loin, on a proposé que la femme ne pût renoncer *in favorem* à son hypothèque légale qu'autant que cette renonciation serait l'accessoire d'une obligation par elle contractée; et la Cour de Poitiers a pensé qu'on déciderait toujours plus difficilement la femme à contracter une obligation de garantie, les conséquences qu'entraîne cette obligation étant évidentes, qu'à renoncer à une hypothèque dont la conservation pendant le mariage ne peut guère être appréciée par elle.

On a proposé enfin de n'accorder force obligatoire aux engagements des femmes mariées qu'autant qu'ils seraient constatés par actes authentiques. Ce serait là, sans doute, une dérogation grave au principe de notre droit qui ne soumet pas

l'effet des obligations à la forme extérieure des actes; mais cette dérogation, qui a été autorisée, dans un intérêt purement fiscal, par la loi du 5 juin 1850 (art. 5), ne serait-elle pas justifiée ici par de graves considérations ?

La présence obligée d'un fonctionnaire public serait une garantie pour la femme; garantie peu solide, mais qui vaudrait toujours mieux que l'abandon complet aujourd'hui existant.

Puis, on a vu quelquefois un mari, poussé par de mauvaises affaires, pressé par un créancier exigeant de lui fournir la signature de sa femme, imiter la signature de celle-ci, qu'il n'aurait pas facilement obtenue, puis remettre ce titre sans valeur à son créancier. Ce dernier sera victime si la femme ose dénoncer le faux, ce sera la femme si elle ne l'ose pas. Danger des deux parts.

En présence de cette situation, qui révèle l'une des plus sérieuses difficultés du régime hypothécaire, bien hardi serait celui qui croirait tenir une solution parfaitement satisfaisante. Je me suis borné à exposer l'état des choses, à dire ce qui a été proposé, à recommander le problème aux méditations du législateur. Mais évidemment il y a là *quelque chose à faire*.

SÉVIN.

DROIT DE POURSUITE DES CRIMES COMMIS EN PAYS ÉTRANGERS.

(Art. 5, 6, 7, C. inst. crim.)

Par M. Aug. Pougnet, docteur en droit,
avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

PREMIER ARTICLE.

I. Les articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle sont ainsi conçus :

Art. 5. « Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du « territoire de France, d'un crime attentatoire à la sûreté de « l'État, de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies natio- « nales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque

« autorisés par la loi, pourra être poursuivi, jugé et puni en « France, d'après les dispositions des lois françaises. »

Art. 6. « Cette disposition pourra être étendue aux étrangers « qui, auteurs ou complices du même crime, seraient arrêtés en « France, ou dont le gouvernement obtiendrait l'extradition. »

Art. 7. « Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du « territoire de l'Empire, d'un crime *contre un Français*, pourra, « à son retour en France, y être poursuivi et jugé, s'il n'a pas « été poursuivi et jugé en pays étranger, et si le Français of- « fensé rend plainte contre lui. »

De ces trois articles il résulte que, pour les crimes commis en pays étranger par un Français et, à plus forte raison, par un étranger, l'impunité est la règle, et le droit de poursuite, l'exception. — L'étranger, en effet, ne peut être soumis à l'action de notre justice répressive que s'il s'est rendu coupable de l'un des crimes spécifiés dans l'énumération rigoureusement limitative de l'article 7. — Le Français ne peut également être poursuivi *d'office* que s'il s'est rendu coupable de l'un de ces mêmes crimes. — Tout autre crime, commis par un Français, ne peut donner lieu à poursuite qu'à une double condition. Il faut : 1° que la victime soit elle-même de nationalité française ; 2° que plainte soit rendue par elle, ou, suivant l'interprétation sagement extensive qu'a donnée de l'article 7 la jurisprudence, par son héritier ou tout membre de la famille dont l'intérêt d'affection justifie l'action. — Quant aux faits qualifiés délits, ils échappent nécessairement et toujours aux recherches de la justice et aux salutaires rigueurs de la loi pénale.

II. Je ne puis apercevoir sans émotion ni constater sans regret une telle lacune dans nos lois criminelles ; je m'afflige de cette impunité scandaleuse dont jouissent, comme d'une prime d'encouragement, les malfaiteurs en grand nombre qui, sous l'œil de la justice désarmée et par la protection d'une loi trop timide, recueillent et conservent les fruits de leurs forfaits et de leurs rapines ; je voudrais une loi devant laquelle tombassent, en matière pénale, les barrières qui, bien qu'ébranlées déjà, séparent encore les nations du monde civilisé, une loi qui armât la société pour désarmer le crime, et rendît à la justice toute la liberté qu'elle retirerait aux malfaiteurs ; je voudrais donc que la loi conférât aux magistrats du ministère public le droit de poursuivre, aux juges le droit de frapper

tout Français qui, hors du territoire de la France, se serait rendu coupable, contre un Français ou un étranger, d'un fait qualifié crime ou délit par la loi française; tout au plus voudrais-je, en ce qui touche les simples délits, adoucir les rigueurs de la loi nouvelle par quelques restrictions que commande peut-être l'enseignement des faits, et qui, sans compromettre le principe, en rendraient l'application plus prompte, plus sûre, plus fréquente, et, par suite, plus efficace.

III. Dans l'étude de cette difficile et intéressante question, il convient de s'attacher surtout aux principes généraux par le respect desquels le législateur se doit laisser guider; ces principes seuls peuvent éclairer la discussion, et c'est à leur seule recherche que je désire consacrer ces quelques pages, négligeant à dessein les considérations qui, dans le débat, ne me paraissent avoir qu'une portée secondaire.

IV. Les criminalistes, écrivains ou orateurs, qui se sont préoccupés de la répression des crimes commis à l'étranger, ont reconnu d'abord, et d'une voix unanime, l'utilité des modifications que je voudrais voir introduire dans la législation actuelle; ces modifications ne se justifient que trop par la nécessité de conjurer les rixes et les vengeances privées, toujours plus redoutables que l'action publique, et qui, du châtiment du coupable, font un crime nouveau; par la nécessité non moins impérieuse de protéger, au delà de nos frontières, le Français contre les entreprises criminelles de son compatriote, l'étranger contre celles de nos nationaux auxquels il accorde l'asile de son territoire et la protection de sa propre loi. — Pour moi, le spectacle des faits qui affligent nos départements frontières, le témoignage des hommes éminents qui y ont exercé de hautes fonctions de magistrature, l'exemple de plusieurs nations voisines qui, dans une mesure plus ou moins complète, ont renoncé aux principes par lesquels nous sommes encore régis; enfin les plaintes légitimes et les justes exhortations que nous ont adressées, à diverses reprises, quelques-unes de ces puissances plus habituées à suivre nos exemples qu'à nous offrir les leurs, m'ont promptement convaincu que les articles 5, 6 et 7 sont la source et l'occasion d'un mal sérieux.

V. Telle fut aussi l'opinion du pays en 1842 et 1843 [1]. A cette

[1] Une nouvelle tentative eut lieu en 1852 : le projet du gouvernement ne fut pas porté jusqu'au sénat.

époque, le gouvernement présenta un projet de loi tendant à généraliser le droit de poursuite que ces articles ne laissent subsister qu'à titre d'exception ; tous demeurèrent d'accord que ce projet répondait à un véritable besoin social ; nulle contradiction sérieuse ne se fit entendre sur ce point, soit dans la chambre des députés, soit dans la chambre des pairs, et les orateurs qui combattirent le projet ne lui opposèrent que des objections de principes et exprimèrent le regret que ces principes fussent tels, à leurs yeux, que malgré son incontestable utilité, le projet ne pût être voté par eux ; cette unanimité permet sans doute de ne point insister et de se borner, pour apprécier à leur juste valeur les résultats de la loi actuelle, à rappeler, dans leur éloquente simplicité, ces paroles qui émurent la chambre des pairs : « J'ai eu l'honneur, dit M. Laplagne-« Barris, de remplir pendant quatre ans les fonctions de pro-« cureur général dans un ressort qui embrassait 70 lieues de « frontières ; eh bien ! il m'est arrivé, non pas dix ou vingt fois, « mais beaucoup plus souvent, de gémir des chaînes que m'im-« posait l'article 7 du Code d'instruction criminelle ; — il m'est « arrivé souvent d'être témoin de faits qui constituaient de vé-« ritables attentats à la morale publique, d'être forcé de voir « des assassins, des incendiaires, des empoisonneurs contre « lesquels aucun magistrat ne pouvait exercer le plus léger acte « de poursuite, et qui avaient commis leur crime à quelques « lieues du village où ils avaient établi leur domicile. Je citerai « un fait dont j'ai été témoin dans les derniers temps de mon « exercice. Un Français habitait un village séparé par une « ligne idéale d'un village prussien limitrophe, ayant jadis fait « partie de la France et qui avait cessé de lui appartenir par « suite des malheurs de 1815 ; il assassina dans le village prus-« sien sa sœur et son beau-frère..... et je le laissai libre, se « promenant insolemment dans les rues du village français, « sans que personne osât lui adresser un reproche [1]. »

Je ne crains pas de le dire, une loi qui tolère de tels excès est une loi mauvaise, et il faut se hâter de la réformer, à moins que des principes supérieurs de droit public ne nous condamnent à repousser cette réforme que la justice et la morale nous font un devoir d'appeler de tous nos vœux.

[1] *Moniteur* du 17 mai 1843.

C'est ce que je dois examiner ; et pour rechercher et définir ces principes, j'aurai à porter mon attention successivement sur chaque ordre de faits auxquels ils se peuvent appliquer, c'est-à-dire sur les crimes commis hors de notre territoire par un Français, sur les crimes commis par un étranger, et sur les délits commis par l'un et par l'autre ; je dirai, enfin, les règles à suivre dans le choix et l'application de la peine.

§ 1er. — Des crimes commis à l'étranger par un Français.

Article 1er. — *Du cas où la victime est Française.*

VI. Lorsqu'on lit avec soin les articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, on demeure frappé des contradictions auxquelles le législateur s'est laissé entraîner ; quels que soient, en effet, les principes sur lesquels repose, quant à l'objet qui m'occupe, le droit de punir, il est certain que ces principes doivent être suivis, quelle que soit aussi la nature des crimes contre lesquels la société doit sévir. Si le droit de punir expire aux frontières, comment atteindre le crime commis à l'étranger, même les crimes prévus par l'article 5 ? Et si ce droit y sommeille seulement, si la frontière en suspend seulement l'exercice, comment les crimes ordinaires peuvent-ils être soustraits à l'action renaissante de la loi ? S'il est vrai qu'un fait ne peut être reputé criminel que lorsqu'il constitue une infraction à la loi du pays dans lequel vit son auteur, s'il est vrai que le souverain de ce pays a seul le droit de réprimer cette infraction, de quelle autorité la société Française va-t-elle se saisir du prétendu coupable de l'un des crimes spécifiés dans l'article 5 et le frapper à son retour en France ? Et si à l'inverse la loi pénale française est un statut personnel qui suit le Français à l'étranger, en telle sorte que le Français soit encore criminel lorsqu'il y viole cette loi, par quelle étrange faveur la société va-t-elle l'absoudre des crimes spécifiés dans l'article 7 ? — Et comme si ce n'était assez encore, cet article 7 lui-même nous offre l'affligeant spectacle de contradictions nouvelles. Si les crimes commis à l'étranger contre les personnes ne peuvent pas, *en principe*, être poursuivis, si les limites des droits de la souveraineté française s'opposent aux poursuites, par quel miraculeux pouvoir la plainte de la partie

lésée reculera-t-elle ces limites? Quelle puissance nouvelle va-t-elle conférer à la société jusque-là désarmée? Et si au contraire la loi peut, sans méconnaître les principes du droit public, atteindre de semblables crimes, si la justice peut les poursuivre, comment et pourquoi la retenir, l'enchaîner, la réduire à n'être plus qu'un instrument entre les mains de la victime?

Ce n'est pas là de la vaine et facile critique : ces contradictions furent aperçues et signalées par les auteurs eux-mêmes du Code d'instruction criminelle. — Plusieurs années avant la promulgation de ce Code, en 1804, les art. 5, 6 et 7 avaient été discutés parce qu'ils se rattachaient au projet *d'un Code criminel* qui devait comprendre le droit pénal proprement dit et l'instruction criminelle. Ceux des membres du Conseil d'État qui voulaient alors refuser à la justice française toute action contre le Français coupable d'un crime commis à l'étranger, n'entendaient introduire dans leur système aucune distinction ; et dans leur esprit la prohibition des poursuites devait s'étendre même aux crimes spécifiés dans l'article 5. M. Treilhard, entre tous, se fit remarquer par ses opinions absolues ; vainement lui dit-on, pour justifier la distinction, que certains crimes étaient punissables en vertu du droit des gens, parce qu'ils sont partout et toujours des crimes ; vainement les attentats dirigés contre la sûreté de l'État lui furent-ils dénoncés comme ayant en propre ce caractère ; il répondit avec l'inflexible logique de son principe : Ce ne serait point assez pour justifier des poursuites qu'un fait pût être considéré comme criminel d'après les règles du droit des gens, il faudrait en outre qu'une peine y fût attachée par la loi ; or il n'est pas de peine applicable en vertu du seul droit des gens. M. Treilhard eût dû peut-être ajouter que, d'après les règles du droit des gens, l'assassin n'est pas sans doute un moins grand criminel que le contrefacteur d'un billet de la Banque française.

Le lecteur curieux, qui, pour mieux posséder tous les éléments du débat, croirait devoir consulter les procès-verbaux des séances du Conseil d'État [1], y trouverait la preuve que le législateur brava le danger des contradictions pour ne s'inspirer

[1] Locré, *Lég. civ., com. et cr. de la France*, t. XXIV, p. 100 et suiv. (séance du 17 fructidor an XII).

que d'idées purement utilitaires; tous les principes furent entrevus, plusieurs furent discutés, aucun ne fut suivi; chacun pénétra dans la loi; tous s'y choquèrent et nul n'y prit empire; les idées de M. Treilhard n'y purent triompher; celles que défendit plus tard M. Laplagne-Barris n'en furent pas moins sacrifiées, et la justice perdit en puissance légitime tout ce que les malfaiteurs acquirent de déplorable liberté.

VII. Et cependant c'est un principe qu'il faut ici : un principe avant et sur toutes choses. Ces fluctuations sont indignes du législateur dont elles accusent la faiblesse, indignes de la loi dont elles trahissent l'impuissance; il faut une règle, une règle générale comme les crimes qu'elle droit frapper, inflexible comme la vérité qui la dicte, immuable comme la souveraineté qui l'applique.

Concilier, s'il est possible, la sécurité de nos propres intérêts, et par conséquent l'empire de nos lois pénales et les droits de notre justice répressive, avec le respect dû aux prérogatives de la souveraineté étrangère, tel est le but vers lequel doivent tendre tous nos efforts.

VIII. Deux principes se trouvent ici en présence et se disputent les suffrages; le premier se formule en un mot : *La loi pénale est essentiellement territoriale;* nous pouvons formuler ainsi le second : *La loi pénale appartient au statut personnel, et, comme telle, elle oblige le Français, même à l'étranger, et peut, à son retour en France, lui être appliquée à raison des faits commis à l'étranger.*

IX. C'est du premier de ces principes que paraît s'être inspiré le Code d'instruction criminelle, sauf à en abandonner, par ce brusque revirement que j'ai signalé, plusieurs des conséquences; — c'est aussi celui que M. Treilhard en 1804, et qu'en 1842, à la tribune de la Chambre des députés, MM. Berville et Dupin ont posé et soutenu avec la plus grande clarté et la conviction la plus ardente; M. Dupin, surtout, a résumé tout son système en quelques lignes auxquelles les défenseurs de ses idées trouveraient peu d'arguments à ajouter.

Le principe de toute peine, a-t-il dit [1], est l'infraction à la loi *sous laquelle on vit;* le criminel n'est donc responsable qu'envers le souverain du pays où il commet le crime; le terri-

[1] Séance de la Chambre des députés du 12 avril 1842.

toire fixe ainsi la compétence *pour le crime*, car le crime doit être commis dans l'étendue de la souveraineté; *pour le criminel*, qui doit être sujet d'origine ou accidentellement de la loi appliquée; *pour le tribunal*, car le juge ne peut avoir compétence que dans son ressort; *pour la peine*, car le juge ne peut appliquer que la peine édictée par la loi de son pays, et nulle autre. — De là la disposition de l'article 3 du Code Napoléon, que l'on retrouve dans la oi de tous les peuples civilisés : « Les « lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le « territoire : » ce sont des lois de statut réel.

Tel est, dans toute la force de son laconisme, le système dont je n'hésite pas à condamner le principe.

X. Ce principe repose sur une idée unique : le droit de punir l'auteur d'un crime appartient en propre au souverain du pays où a été commis le crime; poursuivre en France le criminel serait donc porter atteinte à la souveraineté étrangère, ce serait empiéter sur cette souveraineté.

Ce raisonnement ne me paraît pas solide : sans démontrer ce qu'il veut prouver, il prouverait contre le Code qu'il prétend défendre. Et en effet, si la poursuite d'un crime commis à l'étranger par un Français est une entreprise contre les droits de la souveraineté étrangère, rien ne peut justifier la poursuite des crimes spécifiés dans l'article 5, ou de tout autre crime, lorsque la victime est française et qu'elle rend plainte contre le criminel; rien, pas même les exigences de l'ordre public, dans ce qu'elles ont de plus impérieux; car si la répression d'un crime est d'ordre public français, l'indépendance respective des souverainetés et le respect le plus absolu de cette indépendance sont d'ordre public universel et excluent le droit de poursuivre les crimes même les plus énormes, les plus directement attentatoires à la sécurité de l'État français; l'atrocité du crime, les dangers dont ce crime nous menace, la plainte de la victime, rien ne peut, rien ne doit affaiblir ou absorber l'indépendance de la souveraineté étrangère; il faut donc, par un article unique, interdire *d'une manière absolue* la poursuite de tous crimes quelconques commis à l'étranger. C'est là qu'est poussé par la théorie de M. Dupin quiconque tient à honneur de ne pas tomber dans une véritable inconséquence..... Et ce n'est pas tout encore : — le souverain étranger est seul compétent pour réprimer le crime commis dans

l'étendue de sa souveraineté territoriale. Mais alors sa compétence est pleine, entière, absolue; dès lors elle s'impose à la France : la loi du souverain étranger, la sentence de ce souverain, c'est-à-dire du juge ayant compétence *exclusive* et *absolue*, devront recevoir chez nous et de nos propres mains leur exécution. — Si en effet la territorialité de la loi pénale française tient au respect de la souveraineté étrangère, il faut, pour respecter cette souveraineté, respecter sa loi pénale, territoriale aussi, dont elle a frappé, dans son omnipotence, le coupable français.....; cela est inadmissible? Notre propre souveraineté y répugne?..... Sans doute..... Mais alors que devient cette compétence exclusive du souverain étranger pour connaître du crime et pour le réprimer? Et si le caractère absolu de cette compétence est inconciliable avec les droits de la souveraineté française, comment se peut-il qu'il soit un attribut essentiel de la souveraineté étrangère? Les deux souverainetés ne sont donc pas indépendantes? Pour affirmer les droits de l'une, il faut donc nier les droits de l'autre? l'une ne pourra donc exercer son empire qu'au mépris de l'autre : la souveraineté étrangère par la plénitude exclusive de sa compétence, ou bien la souveraineté française par l'action de sa justice répressive? Et ainsi le respect de l'une va nous contraindre à l'oubli du droit de l'autre. Telle est l'étrange confusion des mots, des idées et des choses où l'on est fatalement entraîné dès que l'on prétend rattacher le principe restrictif du Code à la plénitude des droits de la souveraineté étrangère.

XI. La vérité est que ces droits ne sont nullement engagés dans la question. Il en est des souverainetés comme de tous les droits : chacune dans sa sphère se meut avec une entière indépendance; mais la liberté de l'une sert nécessairement de limite à la liberté de l'autre; il résulte de là que *l'action* de la première s'arrête à la frontière, et ne peut pas s'étendre sur le territoire de l'autre; mais il n'en saurait résulter que la poursuite dirigée *en France* contre le Français qui a commis un crime à l'étranger fût contraire aux droits de la souveraineté étrangère; la plénitude de notre souveraineté ne connaît, en effet, d'autres bornes que celles que lui impose la plénitude de la souveraineté étrangère; la première peut donc *tout* ce qui n'est pas *réservé* à la seconde à titre de droit *exclusif*; en d'autres termes, une souveraineté n'empiète sur les droits de la souve-

raineté étrangère que si elle fait un acte que celle-ci eut pu et eût *seule* pu faire. Or le souverain étranger ne pourrait pas poursuivre *en France* le Français; le souverain français, en le poursuivant, ne fait donc que ce que le souverain étranger n'eût pas pu faire : comment soutiendrait-on, dès lors, qu'il entreprend sur les prérogatives de ce souverain[1]?

Il ne faut pas oublier, en effet, qu'il ne s'agit pas du droit de poursuite en général, lequel comprendrait la poursuite à l'étranger et la poursuite en France, mais seulement du droit de poursuite *en France* quand le coupable y est de retour; or si la poursuite devant les tribunaux étrangers appartient incontestablement à la souveraineté étrangère, la poursuite devant les tribunaux français lui échappe nécessairement et appartient dès lors à la nôtre, et je montrerai au n° XVIII comment, à mon sens et dans la pratique, devraient se concilier ces deux droits de poursuite, ces deux prérogatives distinctes et parallèles des deux souverainetés. — Il en résulte clairement à mes yeux que, de même que la souveraineté étrangère n'entreprend nullement sur la nôtre en exerçant ses poursuites devant ses tribunaux, parce que nous n'aurions aucun pouvoir pour les y exercer, de même nous n'entreprendrons nullement sur la souveraineté étrangère en les exerçant *devant nos propres tribunaux*, parce que, à l'inverse, cette souveraineté serait sans qualité pour les y exercer, et qu'ainsi nous ne ferions aucun acte qu'elle eût le droit exclusif de faire. C'est ce qui résultera plus clairement encore de ce que j'ai maintenant à dire sur le caractère essentiel de la loi pénale[2].

[1] Une convention diplomatique déjà ancienne donne à la France le droit de police sur ses nationaux dans les échelles du Levant; ce droit est exercé par les consuls; ces agents peuvent notamment y faire arrêter nos nationaux et les envoyer en France pour répondre devant la justice répressive des crimes qu'ils y ont commis. Par cette convention la Sublime Porte a certainement abdiqué et nous a transporté l'exercice d'une des prérogatives de sa souveraineté; car notre souveraineté *agit* dans l'étendue et sur le territoire de la sienne. Nous y faisons un acte de police, c'est-à-dire un acte qu'en vertu des principes de la souveraineté le sultan seul ou le dépositaire plus ou moins indépendant de son autorité nominale pourrait faire. Cet exemple montre assez la différence qui sépare l'usurpation sur une souveraineté étrangère, même du consentement de cette souveraineté, du droit que je réclame pour la loi française.

[2] Les statuts personnels ne reposent que sur ce principe. S'il fallait admettre la théorie suivant laquelle la loi pénale française ne peut pas être

XII. J'ai combattu le principe dont s'est surtout inspiré le Code, et qui tend à exagérer la territorialité de la peine; il me reste à expliquer celui que je voudrais lui substituer.

A proprement parler, ce n'est pas la loi pénale, c'est *la peine*

appliquée au Français de retour en France à raison d'un fait commis à l'étranger, et si cette théorie était commandée par la plénitude de la souveraineté étrangère, les statuts personnels perdraient toute raison d'être, car ils seraient la violation la plus formelle de cette souveraineté. Qu'est-ce, en effet, qu'une loi de statut personnel? C'est une loi qui suit le Français à l'étranger, comme elle suit l'étranger en France; une loi que le Français doit respecter partout où il se trouve, qui partout le lie et l'oblige, en ce sens qu'il ne pourra se prévaloir d'aucun droit, en France, à raison d'un fait accompli à l'étranger contrairement à cette loi; les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes appartiennent au statut personnel (art. 3 C. Nap.). Un Français se marie-t-il, âgé de seize ans, dans un pays dont les lois reconnaissent à cet âge l'aptitude au mariage? en France son mariage n'en sera pas moins considéré comme nul. Pourquoi, si ce n'est parce que la loi française a exercé sur lui son empire, même à l'étranger, et parce que, au moment où il a contracté mariage, la France le considérait encore comme tenu de respecter la loi de sa patrie? Dira-t-on que la souveraineté étrangère sera blessée par l'arrêt de notre justice qui déclarera la nullité de ce mariage? Non sans doute, car cet arrêt ne prononcera la nullité que quant aux intérêts français, n'aura d'effet *qu'en France*; le mariage continuant de produire, à l'étranger, tous les effets que la loi étrangère y peut attacher, si toutefois cette loi, différente de la nôtre, considère le Français comme régi par elle-même et non par son statut personnel; — la législation étrangère, en effet, n'est pas tenue de consacrer par voie de réciprocité le principe de l'article 3, § 3, du Code Napoléon. Que si elle le consacre, le mariage sera nul; mais il ne le sera pas par la force des lois françaises, il le sera en vertu de la loi étrangère elle-même; l'effet des deux lois sera le même; leur action n'en aura pas moins été distincte. Nul en deçà de la frontière, valable ou nul au delà, suivant que la loi étrangère applique ou n'applique pas le statut personnel, voilà les vrais principes sur lesquels repose l'indépendance des souverainetés. — Comment en serait-il autrement de la loi pénale? Si l'action de la loi civile peut atteindre *en France* des faits civils qui se sont accomplis à l'étranger, et, sans blesser la souveraineté étrangère ou régler les effets, comment la loi pénale ne pourrait-elle pas, *en France aussi*, atteindre les faits criminels dont le sol étranger a été le théâtre? La souveraineté française n'a pas une plus grande liberté d'action, le territoire ne limite pas moins son droit de légiférer en matière civile qu'en matière pénale; les lois civiles et les lois pénales ont même origine, même étendue, mêmes limites (celles de la souveraineté dont elles procèdent); si donc le respect de la souveraineté étrangère permet aux premières de suivre le Français à l'étranger, il ne peut s'opposer à ce que les secondes y régissent également ses actes : tout ce qu'exige cette souveraineté, c'est que *notre action* ne s'exerce pas *chez elle*. L'article 15 du Code Napoléon est encore une application toute naturelle de ces principes.

qui est territoriale, parce qu'elle ne peut être appliquée que dans l'étendue du territoire français..... Mais il ne faut pas confondre la peine, application de la loi pénale, avec la loi pénale elle-même, pas plus qu'il ne faut confondre les effets d'une loi de statut personnel civile avec cette loi elle-même; ainsi la nullité d'un mariage contracté à l'étranger au mépris de la loi française, pour défaut d'âge par exemple, est essentiellement territoriale, car les effets en sont limités par le territoire [1]; mais l'article 144 du Code Napoléon, au nom duquel la nullité est prononcée *en France*, n'en est pas moins une loi de statut personnel, et par conséquent n'est point une loi terrioriale; eh bien! il en est de même, ce me semble, de la peine et de la loi pénale. La peine est territoriale, mais la loi en vertu de laquelle elle est prononcée peut ne l'être pas.

Sous le bénéfice de cette explication, et pour me conformer au langage ordinairement reçu, je dirai volontiers, pour définir la loi pénale :

La loi pénale est territoriale en ce sens que son action ne peut suivre et saisir le Français tant qu'il réside à l'étranger; elle n'est pas territoriale en ce sens qu'elle peut le saisir et reprendre sur lui son empire, à raison des faits accomplis à l'étranger, dès qu'il remet les pieds sur le sol français.

Qu'est-elle donc?

Elle est, en même temps, loi de statut réel et loi de statut personnel.

Elle est de statut réel, car elle oblige tous ceux qui habitent le territoire; les nations ont en effet le droit et le devoir de se garder elles-mêmes contre les dangers qui les peuvent menacer, de quelque part qu'ils se présentent; la loi pénale, comme loi de police et de sûreté, a pour but le maintien du bon ordre et de la tranquillité publique; les étrangers, que cette loi protége à l'égal des nationaux, doivent donc s'y soumettre aussi bien que le Français à l'étranger est soumis à la loi pénale étrangère,

[1] S'ils s'étendaient au delà, ce ne serait que parce que la loi étrangère admettrait le principe des statuts personnels : ce ne sera donc pas, ainsi que je le disais dans la note précédente, par suite de la loi française, et de la nullité prononcée en conformité de cette loi : ce serait uniquement par la force de la loi étrangère. Il est donc exact de dire que *par eux-mêmes* les effets des lois de statut personnel sont nécessairement territoriaux.

qui, elle aussi, est une loi réelle. — Elle est de statut personnel : car si son but principal est le maintien du bon ordre public, son principal objet est la personne même du condamné, dont elle affecte l'état au premier chef; elle suit donc le Français à l'étranger comme l'y suivent toutes les lois personnelles; l'action en est sans doute suspendue pendant tout le temps que le Français passe à l'étranger; mais elle reprend ses libres allures dès que le Français a remis les pieds en France. — Au moment où le Français dépasse la frontière, la loi pénale ne perd pas sa force obligatoire, elle perd momentanément sa force sanctionnatrice; son action ne peut suivre le coupable au delà de la frontière, mais elle l'y attend et l'y ressaisit au moment même où il rentre; telles sont, je le crois, l'étendue et les limites des droits de la loi pénale.

Ai-je besoin de justifier, au point de vue de l'équité, ce principe auquel me conduit l'étude des pouvoirs respectifs des souverainetés?

..... Mais le Français, à l'étranger, retrouve encore la tutelle de la mère patrie; si ses droits sont menacés, les ambassades, les consulats leur offrent une protection assurée..... Ne doit-il pas, par un juste retour, respecter la loi de cette France dont il invoque et reçoit les bienfaits? La loi ne doit-elle pas protéger nos nationaux contre les coups de leurs propres compatriotes?

Osons donc le proclamer : il est certaines lois auxquelles le Français doit obéissance, non parce qu'il est en France, mais parce qu'il est Français; la loi pénale, expression sociale de la loi morale, se distingue entre toutes celles qui ont droit à ce respect; et je voudrais voir, enfin, réaliser cette facile conciliation entre les principes de la souveraineté respective des nations, la sécurité des frontières et les exigences de la morale publique.

XIII. Du caractère mixte de toute loi pénale, française ou étrangère, il résulte que le Français qui commet un crime en pays étranger est sujet de deux lois : sujet de la loi étrangère, parce que cette loi est réelle; sujet de la loi française, parce que celle-ci est personnelle. De là, pour la justice étrangère, le droit de le frapper, dans toute l'étendue et dans les limites de son territoire; de là, s'il revient en France, le droit, pour la justice française, de le poursuivre encore; mais de là aussi une res-

triction à ce dernier droit, sur laquelle nous aurons bientôt à nous expliquer (*in fine*, n° XVIII).

XIV. Ce n'est point assez d'établir en principe que la loi pénale est une loi personnelle, et que par suite la justice répressive a le droit de saisir et de frapper le Français à son retour en France; il faut montrer encore que la réforme de la loi est aussi praticable qu'elle est souhaitable. — En effet, à côté des objections de principes, se plaçaient, en 1843, des objections tirées des difficultés que, dans l'application de la loi nouvelle, la justice rencontrerait sans les pouvoir vaincre, et telles que le droit de poursuivre les crimes commis par un Français à l'étranger deviendrait purement illusoire.

Sans méconnaître la gravité des considérations puisées dans cet ordre d'idées, je ne puis cependant les croire décisives; elles me paraissent ne présenter d'ailleurs qu'un intérêt secondaire, l'intérêt du projet se concentrant surtout sur la discussion des principes; quelles que puissent être ces difficultés d'instruction et de preuves, elles ne sauraient être telles qu'elles dussent nous déterminer à renoncer à un principe qui en est indépendant, et qui, juste en lui-même, sera toujours d'un salutaire effet;..... le Français saura que, de près ou de loin, la France qui le protége le surveille, et il ne se sentira plus assuré d'une impunité qui afflige et effraye les honnêtes gens autant qu'elle excite et encourage les malfaiteurs; dût la loi nouvelle ne ravir au criminel que la certitude de cette impunité scandaleuse, je n'hésiterais pas à la souhaiter.....

Ces difficultés, d'ailleurs, se rencontrent dans les cas où le Code autorise aujourd'hui la poursuite; sans doute la plainte de la victime facilite l'instruction; mais en fait, et quand on aura posé le principe du droit de poursuite d'office, il n'est point à craindre que cet utile auxiliaire fasse défaut à la justice. — Comment contraindre les témoins étrangers à venir déposer des faits devant nos tribunaux? Comment, disaient MM. Berville et Dupin à la Chambre des députés en 1842, comment l'accusé pourra-t-il se défendre? Quels moyens lui en seront donnés? — Ces questions sont pressantes, j'en conviens; mais ce n'était pas aux auteurs du projet qu'il les fallait adresser : c'était aux rédacteurs du Code, dont MM. Berville et Dupin défendaient cependant l'œuvre. — Et lorsque en effet la victime a porté plainte, ou lorsqu'il s'agit d'un des crimes spécifiés dans l'ar-

ticle 5, est-ce que la justice française acquiert autorité sur les témoins étrangers? — Que la poursuite soit dirigée d'office, qu'elle le soit sur la plainte de la partie lésée, il est évident que la justice française est toujours, quant aux moyens d'instruction, à la merci de la bonne volonté du gouvernement étranger; le plus souvent, dans les deux cas, l'instruction a lieu par la voie si simple et si courtoise des commissions rogatoires, prière adressée à la justice étrangère de venir en aide, dans un intérêt commun, à la justice française; prière presque toujours écoutée, parce qu'elle sollicite un bon office que le gouvernement étranger rend d'autant plus volontiers qu'il peut, à son tour, en ressentir le bienfait. — J'espérerais aussi beaucoup des conventions diplomatiques dans lesquelles seraient prévues, pour être aussitôt aplanies, toutes les difficultés dont on voulait faire contre le projet comme une sorte de fin de non-recevoir; — je pense enfin que les difficultés qu'éprouve, dans certains cas, le ministère public, peut-être même son abstention commandée par la prudence et le soin de ne pas multiplier de fâcheux acquittements, ne sauraient être un motif de lui toujours lier les mains; et parce que la loi pénale, dans quelques cas extraordinaires, serait inefficace, je ne pourrais me résoudre à en abandonner toujours le principe.

AUG. POUGNET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation de Toulouse. 279
Administration de la justice civile. V. Procédure civile.
Augmentation des droits fixes et de timbre. V. Législation.
Barreau du parlement de Provence. V. Bibliographie.
Bibliographie. — Étude critique sur les publicistes contemporains, par M. Bertauld; compte rendu par M. de Valroger. 86
— Annales de droit théorique et pratique, par M. Capuani; compte rendu par M. Bergson. 89
— L'ancien barreau du parlement de Provence, par M. de Ribbe; compte rendu par M. Cabantous. . 179
— Dommages aux champs causés par le gibier; responsabilité des propriétaires et locataires, par M. Sorel; compte rendu par M. Million. 182
— De la législation des États pontificaux, par M. M. Pujos; compte rendu par M. Rousset. 184
— Traité théorique et pratique des preuves, par M. E. Bonnier; compte rendu par M. Frégier. 272
— Œuvres de M. de Porochine; compte rendu par M. Batbie. 284
— La justice administrative en France, par M. Dareste; compte rendu par M. Reverchon. 354
— Bibliothèque de l'administration française. 363
Cadastre sous l'empire romain. V. Histoire du droit.
Chemins ruraux. V. Droit civil.
Chronique. 94, 190, 279, 457
Code sarde. V. Partie étrangère.
Consentement relatif au mariage. V. Droit civil.
Crimes commis en pays étranger. V. Droit criminel.
Cultes. V. Droit public.
Dommages aux champs causés par le gibier. V. Bibliographie.
Droit civil. — Examen de la jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon. 1, 193, 481

Pages.

Droit civil. — De l'inviolabilité de la réserve. 257, 345
— Des qualités du consentement relatif au mariage, et spécialement du mariage contracté par erreur avec un forçat libéré. 289
— Du caractère des chemins ruraux. 302
— Du droit d'action du ministère public en matière civile. 385
Droit commercial. — Questions sur le prêt à la grosse. 424
Droit criminel. — Recherches sur la mise en liberté sous caution. . . 56
— Du droit de poursuite des crimes commis en pays étranger. 554
Droits fixes et de timbre. V. Législation.
Droit public et administratif. — Législation des cultes; liberté religieuse. 324
État de la femme. V. Histoire du droit.
États pontificaux. V. Bibliographie.
Forçat libéré. V. Droit civil.
Histoire du droit. — Recherches sur l'état de la femme, l'institution du mariage et le régime nuptial. 24
— Du cens ou cadastre sous l'empire romain. . . . 346
— De la propriété littéraire chez les Romains. . . . 441
Hypothèques. V. Législation.
Institution du mariage. V. Histoire du droit.
Justice administrative en France. V. Bibliographie.
Législation. — La séparation de corps réformée. 42
— Du projet de loi portant modification de plusieurs dispositions du Code pénal. 97
— Observations présentées au Corps législatif sur le projet de loi relatif à l'augmentation des droits fixes et de timbre. 263
— Étude sur les priviléges et les hypothèques. 535
Liberté individuelle. V. Philosophie du droit.
Liberté religieuse. V. Droit public.
Ministère public. V. Droit civil.
Mise en liberté sous caution. V. Droit criminel.
Moralité comparée de la femme et de l'homme. V. Philosophie du droit.
Partie étrangère. — Études sur le nouveau Code pénal sarde. . . 364, 459
Philosophie du droit. — Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale. 121, 412, 513
— Étude sur la moralité comparée de la femme et de l'homme. 188
Prêt à la grosse. V. Droit commercial.
Preuves. V. Bibliographie.
Priviléges. V. Législation.
Procédure civile. — Études sur l'administration de la justice civile. . . 221
Propriété littéraire chez les Romains. V. Histoire du droit.
Publicistes contemporains. V. Bibliographie.
Régime nuptial. V. Histoire du droit.
Réserve. V. Droit civil.

Pages.

Responsabilité des propriétaires et locataires. V. Bibliographie.
Séparation de corps. V. Législation.
Souveraineté sociale. V. Philosophie du droit.

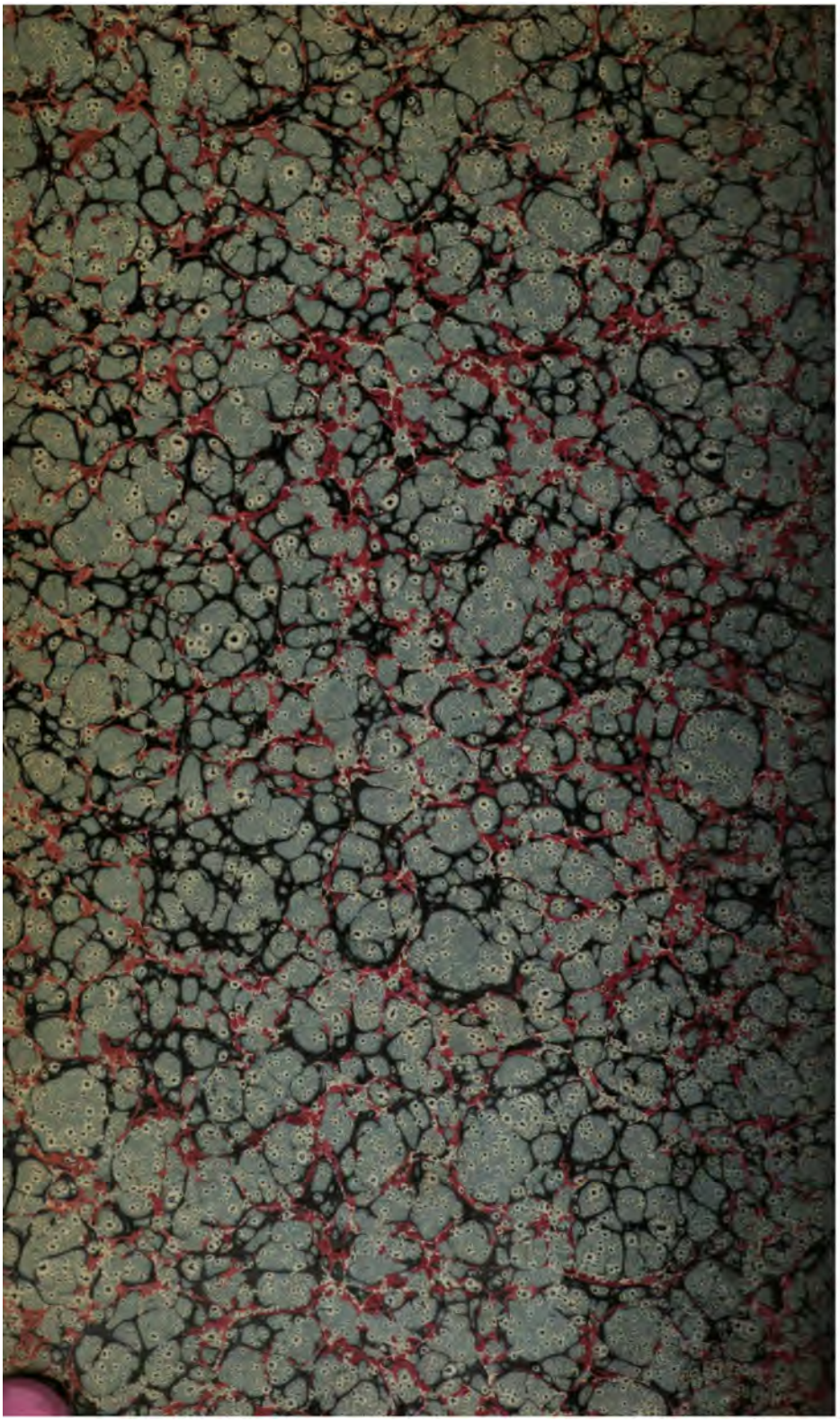
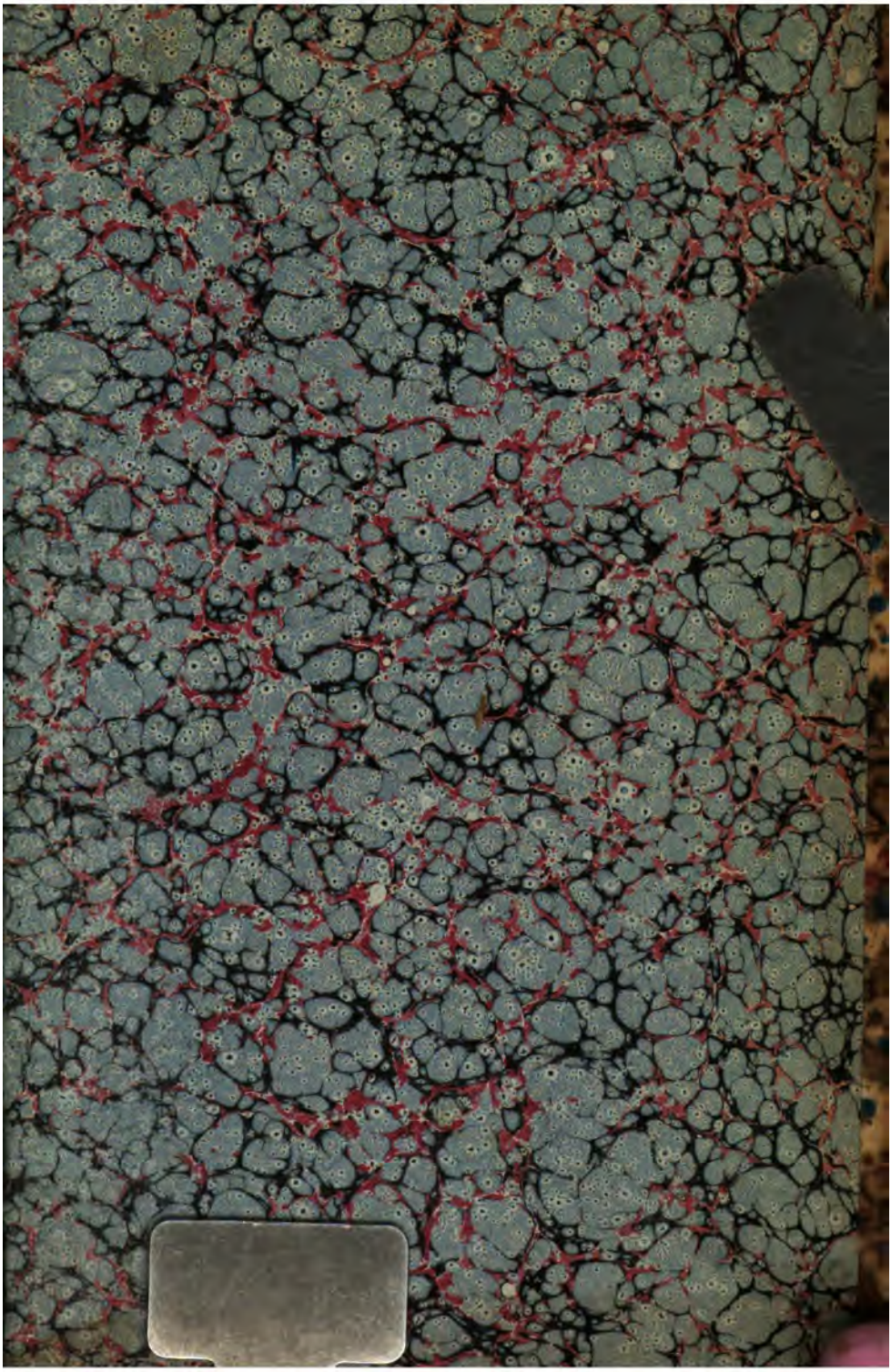
TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

BATBIE : Bibliographie. — Œuvres de M. de Porochine. 280
— Législation religieuse. — Liberté des cultes. 324
BERGSON : Bibliographie. — Annales de droit théorique et pratique, par M. Capuani. 89
P. BERNARD : La séparation de corps réformée. 42
— Études sur le nouveau Code pénal sarde. 364
— Suite. 459
A. BERTAULD : Des limites de la liberté individuelle et de la souveraineté sociale. 121
— Suite. 412, 513
BIBRENET : Recherches sur l'état de la femme, l'institution du mariage et le régime nuptial. 24
BONNEVILLE : Étude sur la moralité comparée de la femme et de l'homme. 133
L. BONNEVILLE : Traduction. — De la propriété littéraire chez les Romains, par M. Jordao. 441
CARANTOUS : Bibliographie : L'ancien barreau du parlement de Provence, par M. de Ribbe. 179
COIN-DELISLE : Examen doctrinal de la jurisprudence des arrêts sur l'article 1525 du Code Napoléon. 1
— Suite. 193, 481
FLANDIN : Du caractère des chemins ruraux. 302
FRÉGIER : Bibliographie. — Traité théorique et pratique des preuves, par M. E. Bonnier. 272

Pages.

FRETEL : De l'inviolabilité de la réserve. 257, 345
F. HÉLIE : Du projet de loi portant modification de plusieurs dispositions du Code pénal. 97
JORDAO : De la propriété littéraire chez les Romains. 441
LAVIELLE : Études sur l'administration de la justice civile. 221
MILLION : Bibliographie. — Dommages aux champs causés par le gibier ; responsabilité des propriétaires et locataires, par M. Sorel. 182
PAUL PONT : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 389
G. PICOT : Recherches sur la mise en liberté sous caution. 56
POUGNET : Droit de poursuite des crimes commis en pays étranger. . 554
REVERCHON : Bibliographie. — La justice administrative en France, par M. Dareste. 354
ROUSSET : Bibliographie. — Législation des États pontificaux, par M. Pujos. 184
SERRIGNY : Du cens ou cadastre sous l'empire romain. 246
SÉVIN : Étude sur les priviléges et les hypothèques. 535
DE VALROGER : Bibliographie. — Étude critique sur les publicistes contemporains, par M. Bertauld. 86
L. M. DE VALROGER : Questions sur le prêt à la grosse. 424

Ex. E.H.R.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, 26, rue Racine.